

23

SCRITTI

IN ONORE DI
GENEROSO MELILLO

a cura di
ANTONIO PALMA

I

estratto

SATURA  EDITRICE

SCRITTI

IN ONORE DI
GENEROSO MELILLO

a cura di
ANTONIO PALMA

I

SATURA  EDITRICE

SCRITTI
IN ONORE DI
GENEROSO
MELILLO

I

ISBN 978-88-7607-070-9

REDAZIONE
VALERIA CARRO e FRANCESCO FASOLINO

SOMMARIO DELL'OPERA

VOLUME PRIMO

Nota del curatore	P.	XI
<i>Curriculum e principali pubblicazioni scientifiche del Professore Generoso Melillo</i>	»	XV

Scritti

MARINA ALBANESE		
La rivalutazione degli aspetti sociali nell'economia ed il ruolo delle istituzioni nei processi di accumulazione del capitale sociale.....	»	1
FRANCESCO AMARELLI		
Un grande dilemma ed una nota minima	»	21
ANDREA AMATUCCI		
La politica finanziaria di Francesco Tedesco	»	23
MARCELLA BALESTRI FUMAGALLI		
Una lettura insolita della <i>lex Voconia</i>	»	37
RAFFAELE BASILE		
Storiografia giuridica e percorsi intellettuali fra tardo Ottocento e primo Novecento. Nota breve sul modello bonfantiano.....	»	57
ANNA BELLODI ANSALONI		
Alle origini del divieto di domande suggestive ai testimoni.....	»	85
MAURIZIO BIANCO		
Note sul <i>receptum cautionum</i>	»	113
PAOLA BIAVASCHI		
Offito e il <i>legatum penoris</i> : qualche osservazione in merito a Ulpiano D. 33.9.3	»	133
VALERIA CARRO		
... <i>adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere</i>	»	149

DIRITTI DI AUTORE RISERVATI
Copyright 2009 Satura Editrice s.r.l.
via G. Gigante, 204 - 80128 Napoli
tel. 081 5788625 - fax 081 5783097
sito web: www.saturaeditrice.it
e-mail: saturaeditrice@tin.it

Finito di stampare nel mese di Dicembre 2009 dalla Litho 2 - Casoria (Napoli)

... adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere ...

La difesa necessaria, quale campo d'azione nel quale al privato è concesso dallo Stato farsi giustizia da sé, con esclusione della responsabilità dell'agente e della illiceità del suo comportamento, non è soltanto un principio di diritto positivo, ma un atto di giustizia sociale¹, una legge di natura, «una figura tanto prototipica da giustificare l'affermazione secondo cui essa 'non ha storia'»².

Remote sono, infatti, le sue origini.

Nel diritto greco, nei reati di sangue, tra i casi considerati esenti da pena, rientra l'ἄνευθεῖται che nel significato di 'difendersi' è, però, intesa nei testi attici come reazione contro la violenza anche oltre i limiti propri della legittima difesa. Il legislatore, in particolare, riconoscendo il diritto alla legittima difesa, contempla, entro certi limiti, il diritto a una legittima reazione; ma quando, sancendo la sanità di un vincolo di subordinazione, nega la legittima reazione, nega anche il diritto alla legittima difesa³.

Anche in diritto romano⁴ la possibilità per il privato di farsi giustizia da sé trova applicazione molto risalente e soprattutto ampia.

¹ G. FIORETTI, *Sulla legittima difesa*, Torino 1886, 205.

² C. G. GEBB, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* 2, Leipzig 1862, 228.

³ U. E. PAOLI, s.v. *Difesa legittima (dir. greco)*, in *NNDI* 5, Torino 1960, 618 s.

⁴ Cf. J. M. GARCIA MARIN, *La legittima difesa basta fines de la Edad Media. Notas para su estudio*, in *AHDE* 50, 1980, 413 ss.; G. LONGO, *Sulla legittima difesa e sullo stato di necessità in diritto romano*, in *Sein und Werden im Recht. Festschrift für Ulrich von Lübtow*, Berlin 1970, 321 ss.; L. ARU, s.v. *Difesa legittima (dir. rom.)*, in *NNDI* 5, Torino 1960, 619; E. BETTI, *Diritto romano*, Padova 1935, 436 ss.; L. ARU, *Appunti sulla difesa privata in diritto romano*, in *Annali del Seminario giuridico di Palermo* 15, 1934, 113 ss.; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano* 1, Padova 1931, 627 s.; J. N. COROI, *La violence en droit criminal romain*, Paris 1915; S. BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano. Il processo civile* 1, Torino 1913-15, 17 ss.; S. RICCOBONO, *Dalla "communio" del diritto quiritario alla proprietà moderna*, Oxford 1913, 170 ss.; S. RICCOBONO, *Corso di istituzioni di diritto romano*, Palermo 1913, 183 ss.; J. N. COROI, *Le crime de violence en droit romain*, Paris 1911, 232 ss.; C. FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in *Enc. dir. pen. it.* 1 (cur. E. Pessina), Mi-

Il principio secondo il quale il padrone di casa può difendersi uccidendo il ladro notturno è sancito nelle XII Tavole, ove si legge che l'uccisione è legittima sia se alcuno ha commesso un furto di notte sia se di giorno il ladro si difende con un'arma e [il derubato] ha lanciato grida di aiuto: VIII.12. ... <capite> ... si nox furtum faxxat, si im occisit, iure caesus esto ...; 13. Luci ... si se telo defendit, ... endoque plorato ...

Il principio della liceità dell'uccisione del ladro notturno è, poi, ripreso frequentemente nelle fonti letterarie e giuridiche.

In Quint. *Inst. orat.* si legge: 5.10.88 ... si furem nocturnum occidere licet ...; e più in dettaglio in Cic. *Pro Tullio* 20.47-48: *Atque ille legem mihi de XII tabulis recitavit, quae permittit ut furem noctu liceat occidere et luce, si se telo defendat, et legem antiquam de legibus sacratis, quae iubet impune occidi eum qui tribunalum pl. pulsaverit.* 48. *Nihil, ut opinor, praeterea de legibus ...* Significativi, poi, i riferimenti nella *Pro Milone* di Cicerone in cui nel ricordare il principio si afferma essere non solo giusto, ma addirittura necessario difendersi con la forza dalla forza: 4.9. *Atqui, si tempus est ullam iure hominis necandi, quae multa sunt, certe illud est non modo iustum verum etiam necessarium, cum vi vis inlata defenditur.* Questa sarebbe, infatti, l'espressione di una legge non scritta, ma naturale, né imparata, né ereditata, né letta, ma colta, attinta, ricavata dalla natura stessa, una legge alla quale non si è giunti per via d'insegnamento, ma grazie alla nascita, non per educazione, ma per istinto: 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: 4.10. ... *Est igitur haec, iudices, non scripta, sed nata lex; quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa adripuimus, hausimus, expressimus; ad quam non docti sed facti, non instituti sed imbuti sumus, ut, si vita nostra in aliquas insidias, si in vim et in tela aut latronum aut inimicorum incidisset, omnis honesta ratio esset expediendae salutis.* E se le XII Tavole hanno stabilito che si possa uccidere in ogni caso, senza incorrere in punizioni, un ladro di notte, di giorno, invece, solo se si difende a mano armata, chi mai considererebbe meritevole di punizione l'autore di un assassinio, quali che siano stati i suoi modi d'esecuzione nel vedere che talora sono le stesse leggi a porgerci l'arma per uccidere un uomo?: 3.9. *Quod si XII tabulae nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem, si se telo defenderet, in-*

lano 1905, 1 ss.; C. FERRINI, *Dritto penale romano*, Milano 1899, 192 ss.; TH. MOMMSEN, *Das römische Strafrecht*, Leipzig 1899, 620 ss. [= *Le droit penal romain* 2 (tr. fr. J. Duquesne), Paris 1907, 334 ss.]; E. CUQ, *Les institutions juridiques des romains*, Paris 1891, 968.

terfici impune voluerunt, quis est qui, quoquo modo quis interfectus sit, puniendum putet, cum videat aliquando gladium nobis ad hominem occidendum ab ipsis porrigi legibus?

È il caso del tribuno militare dell'esercito di Gaio Mario, parente del generale, che mentre tentava di disonorare un soldato fu ucciso proprio da colui che voleva violentare: quel giovane virtuoso preferì compiere un'azione pericolosa per lui piuttosto che subire una simile infamia, e quell'uomo insigne lo mandò assolto dal crimine e lo esentò dal processo: 4.9. ... *Pudicitiam cum eriperet militi tribunus militaris in exercitu C. Mari propinquus eius imperatoris periculose quam perpeti turpi adferebat; facere enim probus adulescens periculose quam perpeti turpiter maluit. Atque hunc ille summus vir scelere solutum periculo liberavit.* Ma chi tende imboscate e si comporta da bandito può essere ucciso ingiustamente? Che senso hanno le nostre scorte, che senso le nostre spade? È certo che non sarebbero autorizzate, se in nessun caso ne fosse permesso l'uso: 4.10. ... *Insidiatori vero et latroni quae potest inferri iniusta nex? Quid comitatus nostri, quid gladii volant? quos habere certe non liceret, si uti illis nullo pacto liceret.*

Tacciono, infatti, le leggi in mezzo alle armi e non pretendono che si aspetti il loro intervento, perché chi volesse ottenerlo dovrebbe scontare una pena ingiusta prima di poter esigere giustizia: anche se con grande saggezza, e per così dire in maniera implicita, ad accordarci il diritto di autodifesa è la legge stessa, che non vieta di uccidere un uomo, ma di circolare armati con l'intento di ucciderlo. Così, se s'indaga sulla causa, non sull'arma del delitto, chi se n'è servito per difendersi non è giudicato colpevole di omicidio premeditato. Di conseguenza questo punto, giudici, rimanga ben saldo durante il dibattito, perché non ho dubbi sull'approvazione da parte vostra della mia linea di difesa se terrete a mente un principio che non potete dimenticare: la legge ammette che chi tende insidie possa essere ucciso: 4.11. *Silent enim leges inter arma nec se expectari iubent, cum ei qui exspectare velit ante iniusta poena luenda sit quam iusta repetenda. Etsi persapienter et quodam modo tacite dat ipsa lex potestatem defendendi, quae non hominem occidi, sed esse cum telo hominis occidendi causa vetat, ut, cum causa, non hominis occidendi causetur, qui sui defendendi causa telo esset usus, non hominis occidendi causa habuisse telum indicaretur. Quapropter hoc maneat in causa, iudices; non enim dubito quin probaturus sim vobis defensionem meam, si id me minervitis quod oblivisci non potestis, insidiatorem iure interfici posse.*

Ancora Gaio, nel ricordare il dettato delle XII Tavole, riconosce proprio nella *naturalis ratio* il fondamento della difesa necessaria: D.

9.2.4 pr. 1 (Gai. 7 ad ed. prov.). ... *nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere*: la ragione naturale permette di difendersi nei confronti di un pericolo.

Del resto l'esercizio della difesa legittima contro l'*iniuria* altrui è inteso nelle fonti come principio *iuris gentium*⁵. Notò il riferimento in: D. 1.1.3 (Flor. 1 inst.). *Ut vim atque iniuriam propulsemus: nam iure hoc eventit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existetur, et cum inter nos cognationem quandam natura constituit, consequens est hominem homini insidiari nefas esse ...* <ed> affinché respingiamo la violenza e l'ingiustizia: infatti, da questo diritto deriva che ciascuno abbia fatto per la tutela del proprio corpo, sia considerato averlo fatto secondo diritto; e, avendo la natura costituito una qualche consanguineità tra noi, ne consegue essere cosa nefanda che un qualche insidi in un altro uomo.

Ancora dalle fonti appare evidente che è esente da responsabilità colui che non ha avuto altra possibilità per proteggere la propria persona o i propri beni all'intuori dell'azione compiuta⁶. D. 9.2.45.4 (Paul. 10 ad Sab.). *Qui, cum aliter tueri se non possent, damni culpam dederint, iniuriam sibi: vim enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt. Sed praetereuntem percussero, tenebor lege Aquilia: illum enim solum qui vim inferre ferre conceditur, et hoc, si tuendi duntaxat, non etiam ulciscendi causa factum sit ...* è permesso ferire solo quello che arreca violenza, e ciò, solo se sia fatto per difendersi, e non per vendicarsi.

In diritto romano, in generale, era ammessa sia la difesa privata preventiva, cioè diretta alla conservazione dello *status quo*, sia la difesa privata reattiva, diretta cioè al ristabilimento dello *status quo*.

La difesa privata preventiva, ammessa nel diritto romano preclassico e conservata in età postclassica, era consentita sia per difendere la propria persona⁷ sia per difendere i propri beni⁸.

⁵ Cfr. D. 1.1.2 (Pomp. l. sing. *enclit.*); D. 1.1.4 (Ulp. 1 inst.).

⁶ Cfr. S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problemi della culpa*, Torino 1969.

⁷ Cfr. D. 48.8.9 (Ulp. 37 ad ed.). *Furem nocturnum si quis occiderit, ius damnium impune feret, si parere et sine periculo suo non potuit ...* Se qualcuno uccide un ladro notturno, è im-

punito, se non può senza suo pericolo risparmiarlo ... La legittimità di una reazione difensiva di beni patrimoniali di fondi e di situazioni etia più avanzata ed è principio accolto da Giustiniano. È ovvio perché l'attacco a cose o beni è pur sempre concepibile come aggressione alla sfera giuridica individuale di modo che la reazione si può considerare legittima riconducendosi nell'ambito nozionale tipico: Cfr. Coll.

Essa trovava la sua formulazione nella nota regola *vim vi repellere licet*⁹. Questa regola di carattere assolutamente generale trovava la sua applicazione più rigida nei riguardi della difesa della persona.

In D. 9.2.5 pr. (Ulp. 18 ad ed.)¹⁰ si legge che se si uccide chi, armato, ci aggredisce, non si attua un comportamento ingiusto. L'ingiustizia si ravvisa solo se potendo catturare l'aggressore lo si uccide.

Significativo è poi D. 9.2.5.1 (Alf. 2 dig.)¹¹ in cui è considerata giusta la reazione del bottegato nei confronti di un servo che gli aveva sottratto una lucerna e poi lo aveva aggredito per sottrarsi al suo tentativo di catturarlo.

Per quanto concerneva la difesa dei beni, la liceità dell'uccisione dell'aggressore era limitata. Occorreva, infatti, che non fosse possibile catturare l'aggressore senza pericolo per l'incolumità fisica dell'aggredito.

⁹ D. 9.2.3; D. 43.16.1.2 (Ulp. 69 ad ed.); D. 43.16.3.9 (Ulp. 69 ad ed.); D. 47.10.17.8 (Ulp. 57 ad ed.); D. 43.16.6 (Paul. 17 ad ed.); D. 43.16.8 (Paul. 54 ad ed.). Per i servi: D. 29.5.1.18 (Ulp. 50 ad ed.). In materia di *ius militare*: D. 49.16.6.8.9 (Arr. Men. 3 de re milit.).

¹⁰ In D. 43.16.1.27 (Ulp. 69 ad ed.) si legge: *Vim vi repellere licet Cassius scribit idque huius naturae comparatur. Cfr. A. GUARINO, Venus plagiarum*, in PDR 2, Napoli 1993, 409 ss.; L. LAMBONA, *Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia*, Napoli 1971; A. W. LINTOTT, *Violence in Republican Rome*, Oxford 1968; TH. MAYER-MALY, s.v. *Vix als juristscher Begriff*, in PW 9 Al coll. 311-347, Stuttgart 1961.

¹¹ D. 9.2.5.1 (Alf. 2 dig.). *Sed et si quemcumque alium ferro se petentem quis occiderit, non videbitur iniuria occidisse: et si metu quis mortis furem occiderit, non dubitabitur ut iniuria fecisse videatur: ergo et Cornelia tenebitur ...*

¹² D. 9.2.52.1 (Alf. 2 dig.). *Tabernarius in semita noctu supra lapidem lucernam posuerat: quidam praetereans eam sustulerat: tabernarius eum consecutus lucernam reposcebat et flagentem retinebat: ille flagello, quod in manu habebat, in quo dolor inerat, verberare tabernarium coepit, ut se mitteret: ex eo maiore rixa facta tabernarius ei, qui lucernam sustulerat, oculum effoderat: consulabat, num damnium iniuria non videtur dedisse, quoniam prior flagello percussus esset, respondit, nisi data opera effodisset oculum, non videri damnium iniuria fecisse, culpam enim penes eum, qui prior flagello percussus, residere: sed si ab eo non prior uapulasset, sed cum ei lucernam eripere vellet, rixatus esset, tabernarii culpa factum videri ...* Un bottegato in una stradina di notte aveva posto su una pietra una lucerna: un servo che passava l'aveva sottratta. Il bottegato, raggiunto chiedeva indietro la lucerna e lo tratteneva mentre fuggiva. Quello, con una sterza che aveva in mano in cui era una punta, aveva cominciato a percuotere il bottegato, perché lo lasciava andare. Da ciò, aggravatasi la rissa, il bottegato aveva cavato un occhio a colui che aveva sottratto la lucerna. Il bottegato chiedeva un parere, se si consideri che avesse arrecato un danno non ingiustamente, poiché era stato prima percosso con la sterza. Diedi il responso che, se non aveva cavato l'occhio apposta, non si considera che abbia arrecato un danno ingiustamente: la colpa, infatti, si trova presso colui che per primo percosse con la sterza. Ma se non avesse subito colpi da quello per primo, e, volendogli strappare la lucerna, avesse provocato la rissa, il fatto si considererebbe avvenuto per colpa del bottegato.

[6]

Eccezione al principio di proporzionalità tra offesa e difesa si configurava proprio nell'ipotesi di *fur nocturnus*.

In particolare, in età classica le rigorose regole delle XII Tavole erano intese come allusive alla legittima difesa, ma originariamente sancivano una vera e propria pena onde il derubato era esente da responsabilità per l'omicidio indipendentemente dal fatto che ricorresse agli estremi della causa di giustificazione. In ordine al *furtum* fu il *ius legitimum vetus* con le XII Tavole ad introdurre una prima ed approssimativa disciplina limitativa della reazione del derubato. Esso distinse fondamentalmente due ipotesi: il *furtum manifestum* ipotesi del ladro colto sul fatto in ordine alla quale fu stabilito che il derubato potesse operare sul momento la *manus iniectio* del ladro e portarlo in vincoli davanti al magistrato giudicante affinché questi pronunziasse la *addictio del fur* a lui (dal che conseguiva che egli acquistasse in *mancipium* il ladro e potesse operare la *venditio trans Tiberim* quando nessuno si fosse offerto di riscattarlo nel corso di tre mercati consecutivi); il *furtum nec manifestum* in ordine al quale fu stabilito che il derubato dovesse citare in giudizio il presunto ladro mediante la *legis actio sacramenti in personam* allo scopo di provarne la reità e di ottenerne la condanna alla pena del doppio del valore della cosa rubata. Solo in due casi di *furtum manifestum* il derubato poteva spingere la sua reazione al punto di uccidere il ladro *iura caeses esto*: quando il *fur* fosse colto a rubare in casa di notte ... *si nox faxit* ... e quando il ladro si difendesse con le armi dal tentativo del derubato di mettergli le mani addosso ... *si se telo defendit*. Ma in questa seconda ipotesi il derubato doveva aver prima espressamente implorato il ladro di deporre le armi (*endoploratio*)¹².

¹² Dai passi seguenti emerge la liceità dell'uccisione del *fur* a determinate condizioni: Gell. 11.18.7: *Nam furem, qui manifestus furto pressus esset, tum demum occidi permiserunt, si aut, cum faceret furtum, nox esset, aut interdiu telo se, cum prenderetur, defenderet*; 8.10.11, 15. *Qualis mihi fuerit in oppido Eleusino discipulatio cum grammatico quodam praestigioso tempore verborum et puerilia mediantia ignorante, remotarum autem quaestionum nebulas et formidines capiendis imperitorum animis ostentante*; 11. *Quam festine responderit Xenobippae uxori Socrates petenti, ut per Diorysiam largiore sumptu cenitarent*; 15. *Quibus modis dem re eiusdem Laberit (Historia ex libris Heraclidæ Pontici iucunda memoratu et mirando); Sen. Contr. 10.6. ... Lex, quae nocturnum furem occidit quoquo modo iubet, non de damnato tantum sed de fure loquitur; odit hoc vitium, nec immerito: non multum abest a proditore. Sicuti non quod elegit sed quod illi, fatum publicae felicitatis obicit ...*; D. 47.2.3.2 (Ulp. 41 ad Sab.) *Sed utrum ita demum fur sit manifestus, si in faciendo furto deprehendatur, an vero et si alicubi fuerit deprehensus? et magis est, ut et Iulianus scripsit, etsi non ibi deprehendatur, ubi furtum fecit, adamen esse furem manifestum, si cum re furtiva fuerit adprehensus, priusquam*

[7]

A tale proposito in Cic. *Pro Tullio* 21.50 si legge: *Furem, hoc est praedonem et latronem, luce occidi vetant XII tabulae; cum intra parietes tuos hostem certissimum teneas, nisi se telo defendit, inquit, etiam si cum telo venerit, nisi utetur telo eo ac repugnabit, non occides; quod si repugnat, 'endoplorato', hoc est conclamato, ut aliqui audiant et conveniant. quid ad hoc elementiam addi potest, qui ne hoc quidem permiserint, ut domi suae caput suum sine testibus et arbitris ferro defendere liceret? ...* Le XII Tavole proibiscono di uccidere un ladro cioè un bandito saccheggiatore, se non il giorno. Così, se tu tieni un nemico sicuro nella tua casa, a meno che egli si difenda con le armi, dice la legge. Anche se sia venuto armato, non non uai le armi e non reagisca colle stesse, non lo ucciderai. Se invece reagisce con le armi si chieda soccorso, dice la legge, cioè si lancino delle grida affinché altri sentano e vengano. Che si può aggiungere a questa elencazione degli antenati, che non permisero neppure di difendere con le armi la propria persona nella propria casa, senza testimoni capaci di giudicare il fatto?

La difesa privata reattiva era ammessa nel diritto romano¹³ per la reintegrazione nei propri beni contro i possessori viziosi e i semplici detentori e sempre senza ricorrere ad una violenza armata. Ciò dipendeva dal fatto che il detentore non aveva la difesa possessoria ed il possessore vizioso non aveva la possibilità di esperire efficacemente contro il proprietario della cosa sottratta gli interdetti possessori. Essa non fu più possibile¹⁴ quando Giustiniano estese anche ai detentori la difesa possessoria ed abolì nell'interdetto *de vi et de vi armata* la *exceptio vitiosae possessionis*. Contro la difesa privata reattiva si legiferò durante il basso impero per cui poteva considerarsi già in questo periodo completamente vietata¹⁵.

no loci rem pertulerit, quo destinauerat; D. 47.2.4 (Paul. 9 ad Sab.) *Quo destinauerit quis auctore sic accipiendam est 'quo destinauerit eo die manere cum eo furtio'*.

¹³ Cfr. Nov. Val. 3.19.

¹⁴ N. STOLFI, *Diritto civile* 3, Torino 1932, 602 s.; A. MASI, *Il mondo giuridico italiano e la promulgazione del BGB*, in *Riv. dir. comm.* 1, 1996, 1063; BGB 657 ss. e 793.

¹⁵ CTh. 2.3: *Nalli prorsus non impetratae actionis in maiore vel minore iudicio agentis opponatur exceptio, si aptam rei et proposito negotio competentem eam esse constiterit*; 2.26.2. *Si constiterit eum, qui finalem detulerit quaestionem, priusquam aliquid sententia determinetur, rem sibi alienam usurpare voluisse, non solum id quod male petebat amittat, sed quo magis unusquisque contentus suo rem non expetat iuris alieni, is, qui irreptor agrorum fuerit, in lite superatus tantum agr modicum, quantum diripere tentavit, amittat*; 4.22.3. *Plerosque detentorum est rem priuatum nostram, quam publicatio celebrata quaesiverat, inuasisse: quam nos a reventatoribus erepta sociari tubemus aeraio, punitentes contumacius quam decus publicam venebat erectos, ut, qui litem inferre potuissent, nolent expectare iudicium ac spernerent victoriam, quam iustitiae praescripsisset, eventus, et amplecterentur, quod dedisset audacia. Cadat igitur lite, quisquis opperiri noluerit litis eventum et quod recipere lege potuisset, contempnor*

Il carattere reattivo era il mezzo inevitabile di fronte a un male imminente. In tal senso il *metus mortis* perciò *iustus* doveva poi apparire connotato alla reazione. La nozione venne successivamente applicata alla difesa anche dei propri familiari¹⁶ forse per interventi imperiali¹⁷; comprese altresì la reazione contro l'attentato al pudore e la violenza sessuale.

L'ampio carattere originario della nozione della legittima difesa, si venne, tuttavia, restringendo in quanto si puntualizzarono motivi distintivi rispetto al fine di esercizio di privata vendetta e altre condizioni che qualificavano il comportamento come inevitabile. Si volle impedire, così, la tutela indiscriminata rimessa al privato e la legislazione post-classica e il diritto giustiniano portarono, al riguardo, talune innovazioni.

In una visione unitaria dell'evoluzione della disciplina della legittima difesa, dunque, si possono evidenziare progressivamente il fine protettivo, di considerazione pubblicistica, della difesa legittima per la quiete sociale; la preminenza delle funzioni statuali; l'ampliamento delle ipotesi di legittima difesa in rapporto all'esigenza di repressione della violenza; l'obbligo di deferire alla pubblica autorità la conoscenza delle situazioni; degne di tutela, con progressiva degradazione, almeno tendenziale, delle ipotesi di licità di esercizio privato delle proprie ragioni; la rilevanza dell'esigenza dell'inevitabilità di una difesa reattiva esplicitasi quando *aliter se tueri non posse*¹⁸.

examinis violentus amittat. Illi vero, quos in tantum furorem provexit aulacia, ut, quod iurgari apud examinis fidem sperare non possent, ante eventum iudicialis arbitrii iudicia praesumptione temerarent, acsimationem rei, de qua litigari convenerat, cogantur exsolvere. Quod magnificentiae tuae cavendum esse decernimus, ut sacratissima domus nostra expectare litem, non inferre cogatur, neque expectat, sed patiatur examini; 9.10.3; Cl. 4.3.1. Si qui desideria sua explicare cupientes ferri sibi a quoquam suffragium postulaverint et ob referendam vicem se sponsione constrinxerint, promissa restituant, cum ea quae optulerint consequantur: si arbitris moras necent, ad solutionem debiti coartandi sunt; 8.4.7. Si quis in tantum furoris pervenit eventum iudicialis arbitrii violenter invaserit, dominus quidem constitutus possessionem ante abstulit restituat possessori et dominum eiusdem rei amittat: vin vero alienarum rerum possessionem invasi, non solum eam possidentibus reddat, verum etiam acsimationem earundem rerum restituere compellatur; 9.12.7. Si quis ad se fundum vel quodcumque aliud adserit perire si crimen obiectum non potuerit comprobare, quam reus debet excipere.

¹⁶ D. 48.8.1.4 (Ulp. 7 de off. proc.).

¹⁷ PS. 5.23.8; D. 9.2.30 pr. (Paul 22 ad ed.); D. 48.8.1.4 (Marcian. 14 inst.).

¹⁸ Cfr. Coll. 7.2.1; 7.3.3; PS. 2.1.4; Cl. 3.2.7.1; 3.2.7.2; 8.4.1; 9.12.7; 9.12.8; D. 9.2.25 pr. (Ulp. 18 ad ed.).

Il principio che riconosce la licità del comportamento indotto da una difesa necessaria¹⁹, in definitiva, ha radici profonde nella nostra tradizione giuridica. Fondamento costante dell'istituto è in primo luogo l'idea che la difesa privata costituisca legittimamente una forma di autotutela contro il pericolo di un'aggressione nel momento in cui l'intervento dello Stato non può essere tempestivo ed efficace.

In tal senso, considerandola come emerge dalle fonti di diritto romano, *non scripta sed innata lex*, Hobbes²⁰, in contesto giusnaturalistico, sostiene che «nessuna legge può obbligare un uomo a rinunciare alla propria conservazione... La Natura lo costringe, di conseguenza, a compiere il fatto».

Affinché la legittima difesa assuma un valore positivo, tuttavia, deve prevalere l'idea secondo la quale difendere un proprio o altrui interesse da una offesa ingiusta significa lottare contro l'illecito e non rinunciare alla punizione da parte dello Stato per il solo difetto della stessa funzione pubblica²¹.

La profondità delle radici della nostra tradizione è tale da potersi individuare una continuità di orientamento fin negli Statuti delle città italiane nel diritto comune, nel Codice Napoleonico (1810), nei Codici italiani preunitari, nel Codice Zanardelli. In particolare la codificazione preunitaria, ricalcando la disciplina del codice penale francese del 1810²², non prevedeva di regola la scriminante in una disposizione a carattere generale; la contemplava, invece, come una figura speciale nei confronti di taluni reati contro la persona²³.

¹⁹ In particolare sullo stato di necessità D. 9.2.29.3 (Ulp. 18 ad ed.). Item *Labeo scribit, si, cum in ventorum navis impulsus esset in fures anchorarum alterius et nauiae fures praeciderent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. Idemque labeo et proculus et circa reia piscatorum, in quae navis piscatorum incididerat, acsi murum. plane si culpa nauatarum id factum esset, lege Aquilia agendum. sed ubi damnum fuerit, agitur ob reia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri acsimationem, cum incertum fuerit an caperentur. idemque et in venatoribus et in aucupibus probandum. Cfr. A. ORMANNI, s.v. Necessità (dir. rom.), in ED 27, Milano 1977, 822 ss.*

²⁰ TH. HOBBS, *Leviatano o la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile* (cur. A. Pacchi, tr. it. A. Lupoli, M. V. Predavali Magrini, R. Rebecchi), Roma-Bari 2008, 50 ss.

²¹ Cfr. T. PADOVANI, *Difesa legittima*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche* 3, Milano 1989, 498.

²² Artt. 328 e 329.

²³ Il codice penale sardo del 1859 stabilisce nell'art. 559 che «non vi è reato quando l'omicidio, le ferite o le percosse sono comandate dalla necessità attuale di legittima difesa di sé stesso o di altri, od anche del pudore in atto di violento attentato»; e nell'art. 560 aggiunge che «sono compresi nei casi di necessità attuale di legittima difesa i due seguenti 1) se l'omicidio, le ferite, le percosse abbiamo avuto luogo nell'atto di respingere di notte tem-

Il Codice penale Zanardelli segna una prima svolta in tale disciplina. Pur ricollegandosi per certi aspetti agli enunciati dei codici precedenti - legittimazione della difesa propria e di qualunque terzo; legittimazione della difesa contro i soli attacchi a beni di natura personale - sul modello di altre legislazioni straniere esso elevò la difesa legittima ad autonomia scriminante generale: nell'art. 49, co. 2 stabilisce²⁴, infatti, che: «Non è punibile colui che ha commesso il fatto per essersi stato costretto dalla necessità di respingere da sé o da altri una violenza attuale e ingiusta».

La legislazione del 1889 mantiene tuttavia saldo il principio secondo cui i diritti patrimoniali, «i beni» di per sé non sono lecitamente difendibili²⁵.

Ciò si ricava, oltre che dal citato art. 49 co. 2, dall'art. 376 il quale, anche qui, riprendendo concetti che erano già stati enunciati nella legislazione francese e nella codificazione preunitaria italiana, ammetteva sì la difesa di interessi patrimoniali, tuttavia in ragione della minaccia alla vita o comunque alla sicurezza personale che nelle ipotesi contemplate era comunque presente²⁶.

L'articolo prevedeva che la punibilità fosse esclusa, qualora in applicazione dell'art. 49, l'agente poneva in essere un delitto contro la persona se ciò era reso necessario per difendere i propri beni dai reati di saccheggio, rapina, estorsione e ricatto.

La seconda svolta nella disciplina della legittima difesa riguarda proprio questa ultima limitazione. Il codice penale Rocco, dopo che il pro-

po la scalata, la rottura di recinti, di muri, o di porte d'entrata in casa o nell'appartamento abitato o nelle loro dipendenze; 2) se hanno avuto luogo nell'atto della difesa contro gli autori di furti o di saccheggio eseguiti con violenza verso le persone». Una identica disciplina è d'altronde enunciata dai codici penali del Regno delle Due Sicilie del 1819 (art. 373 e 374), parmense del 1821 (art. 355) ed estense del 1856 (art. 377 e 378). Mentre il codice penale toscano del 1853, anche se la dottrina e la giurisprudenza tendevano a ricondurre l'esimente nel quadro della mancanza di coscienza dei propri atti e di libertà di elezione (art. 34), si occupa espressamente della difesa legittima in modo ancora più marginale, limitandosi ad ipotizzare (art. 339) il caso dell'omicidio, e della lesione personale, per eccesso di difesa, prevedendone la punibilità: «chiunque, per sottrarsi da un pericolo, prodotto da forza maggiore, o per difendersi dall'altrui violenza, ha oltrepassato i limiti della necessità, è punito con il carcere da sei mesi a tre anni, se ha commesso omicidio; fino a otto mesi se ha commesso lesione personale grave o gravissima». Cfr. sul tema G. PUCCIONI, *Il codice penale toscano illustrato* 1, Pistoia 1855, 300 s.; F. CARRARA, *Programma del Corso di diritto criminale* 1, Lucca 1887, 220 ss.

²⁴ L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano* 1, Torino 1922, 128 ss.

²⁵ MAJNO, *Commento cit.*, 132 s.; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano* 2, Torino 1908, 237.

²⁶ MAJNO, *Commento* 3 cit., 321 s.; MANZINI, *Trattato cit.*, 262 ss.

getto Ferri del 1921²⁷ aveva suggerito una disciplina che non modificava sostanzialmente quella anteriore (art. 19 n. 4), stabilisce infatti nell'art. 32 che «non è punibile chi ha commesso il fatto per essersi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa» ed ha riconosciuto così senza possibilità di dubbio che anche i beni sono per sé soli oggetto potenziale di lecita difesa.

Ovviamente, una volta estesa l'efficacia della scriminante alla tutela di ogni diritto, si impone una ulteriore precisazione che la precedente limitazione alla difesa dei beni personali non esige con uguale intensità: la menzione espressa della «proporzione» fra i requisiti della scriminante, al fine di impedire che alla protezione di interessi meramente patrimoniali rischino di venire sacrificati interessi di importanza molto maggiore²⁸.

Le scelte del Codice Zanardelli, pertanto, sono state in parte rivedute ed in parte abbandonate dal codice Rocco che ha codificata la legittima difesa, quale causa di esclusione della anti giuridicità, ancorandola al parametro della proporzione, già, per taluni, da ritenersi implicito nel già ricordato vecchio art. 49²⁹.

²⁷ E. FERRI, *Progetto preliminare di codice penale italiano per i delitti* 1, in *La Scuola* 1901, Milano 1921, 1 ss.

²⁸ *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale* 5, Roma 1929, 190.

²⁹ G. DELITALA, *Legittima difesa e reato colposo*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1940, 540 ss.

³⁰ MAJNO, *Commento cit.*, 258 s. In particolare, il problema del bilanciamento del 1889, tra reati contro la persona e reati contro il patrimonio, nel gioco del balancing tra valori in gioco, è stato riaffrontato e l'uso legittimo delle armi è stato circoscritto alle ipotesi ex art. 53 cod. pen.

Nella nuova ottica orientata *secundum constitutionem*, infatti, le norme *de quibus* sono state lette nel senso di non autorizzare (*recitus*: scriminare) la lesione della persona al fine di tutelare un mero diritto dominicale, se non nel paradigma della liceità che trova il suo gradimento nel rapporto offesa/difesa in cui tenere presente la eterogeneità dei beni giuridici. Lo *ius receptum* della Cassazione, in tal senso, ha precisato che, in tema di legittima difesa, il requisito della proporzione viene comunque meno nel caso di conflitto fra beni eterogenei, allorché la consistenza dell'interesse leso (la vita o l'incolumità della persona) sia enormemente più rilevante, sul piano della gerarchia dei valori costituzionali, di quello difeso (il patrimonio), ed il danno inflitto (morte o lesione personale) abbia un'intensità di gran lunga superiore a quella del danno minacciato (sottrazione della cosa). *Ex malis* Cass. pen., sez. 1, sent. n. 45407 del 23 novembre 2004, in contrapposizione, dunque, alle vecchie determinazioni dell'art. 376 codice penale 1889.

È, peraltro, noto l'indirizzo di legittimità, per il quale, non è configurabile l'esimente della legittima difesa qualora l'agente abbia avuto la possibilità di allontanarsi dall'aggressore senza pregiudizio e senza disonore (così, Cass. pen., sez. 1, sent. n. 5697 del 6 febbraio 2003).

I due elementi dell'istituto, dunque, sono l'aggressione da un lato e la reazione difensiva dall'altro – da cui deriva un pericolo attuale e un'offesa ingiusta – entrambi accomunati dall'oggetto del diritto proprio o altrui. Necessità e proporzione sono, poi, i requisiti della reazione difensiva, unica svolta possibile in base alle condizioni in cui si verifica l'offesa e alle reali alternative di salvaguardia a disposizione dell'agredito.

A questo punto, una ulteriore e ancora più rilevante svolta. Con il testo di legge (G.U. n. 51 del 2 marzo 2006) n. 59 del 13 febbraio 2006 approvato in via definitiva dalla Camera dei deputati il 24 gennaio 2006 (già d.l. n. 1899) si è determinato un radicale cambiamento nell'ambito della difesa privata (art. 1 Diritto all'autotutela in un privato domicilio). La legge incide profondamente sull'istituto della legittima difesa modificando l'art. 52 cod. pen. in materia di diritto all'autotutela in un privato domicilio³⁰, mettendo in discussione fondamento, natura giuridica e struttura dell'istituto.

L'ottica, pertanto, è di profondo garantismo, onde evitare un *valvulus* alla tutela della persona umana, rafforzata, peraltro, dal diritto internazionale pattizio: nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata con legge n. 848 del 4 agosto 1955, il sacrificio della persona è scriminato solo qualora derivi da un ricorso alla forza reso assolutamente necessario per assicurare la difesa di qualsiasi persona dalla violenza illegale.

Ecco, perché, tra l'altro, generalmente, si esclude la liceità dell'uso delle armi avverso i fuggitivi, se non nei casi tassativi previsti dalla legge speciali. Cfr. art. 158 ultimo comma del r.d. n. 773/1931, TULPS, che prevede, ad esempio, la possibilità di usare le armi per impedire i passaggi abusivi attraverso i valichi di frontiera; ed il recente indirizzo di Cassazione con riferimento all'uso delle armi avverso i fuggitivi per tutelare la sicurezza pubblica quale valore da bilanciare *rebus sic stantibus*.

Infine, il progetto di codice penale congegnato dalla Commissione Nordio, prevede all'art. 30 che sia scriminato il fatto commesso da chi è stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di una offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa, tenuto conto dei beni in conflitto, dei mezzi a disposizione della vittima e delle modalità concrete dell'aggressione.

Lo stesso, all'art. 31 co. 3 precisa, in tema di uso delle armi: «è scriminato il fatto di chi fa uso di armi perché è costretto dalla necessità di difendere l'inviolabilità del domicilio contro un intrusione ingiusta, violenta o clandestina e tale da destare ragionevole timore per l'incolumità o la libertà». Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano 2008; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, Bologna 2007; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova 2007, 262 ss.; R. MAZZON, *Le cause di giustificazione*, Padova 2006; M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, Milano 2005.

³⁰ E. DOLCINI, *Diritto all'autotutela in un privato domicilio: la nuova legittima difesa*, in *Dir. pen. proc. 4*, 2006; G. MARA, *Legittima difesa: troppa discrezionalità. Non chiamandola licenza di uccidere*, in *Diritto e Giustizia 5*, 2006; T. PADOVANI, *Legittima difesa: un modello di equilibrio normativo minato da ambiguità e incertezze*, in *Guida al Diritto - Il Sole 24 ore*, 1° aprile 2006; L. CREMONESI, *Quella legittima difesa stile far west. Cittadino-scriffo in casa e in azienda*, in *Diritto e Giustizia 30*, 2005; A. INTINI, *Legittima difesa, rischi di spropor-*

La legge nonostante ispirata dalla medesima intenzione (rafforzare la difesa del domicilio), sceglie uno strumento diverso: invece che l'uso legittimo delle armi, la legittima difesa.

Ecco, infatti, modifica l'art. 52 cod. pen. con l'aggiunta di due nuovi commi. Nei casi previsti dall'art. 614, co. 1 e 2, sussiste il rapporto di proporzione di cui al co. 1 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 co. 2 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.

Si è voluto così incidere sul piano ermeneutico tipizzando una ipotesi di proporzionalità e sottraendo così al giudice la possibilità di funge da bilanciatore del caso concreto. Che la legittima difesa si applicasse anche per tutelare i diritti patrimoniali era un'ipotesi ormai appartenente al concetto di diritto proprio o altrui e prevista da tempo in giurisprudenza, purché sottoposta al vaglio della proporzionalità tra difesa dei beni e reazione aggressiva. La forza innovativa della nuova disposizione risiede nell'obiettivo di affrancare l'operatività della scriminante proprio dalla sussistenza della proporzione tra diritti patrimoniali aggraviati e gli atti violenti difensivi.

I recenti e spesso drammatici fatti di cronaca hanno, in gran parte, portato a ritenere necessaria la riforma approvata, poiché il crimine associato alla intrusione nel domicilio altrui è nell'epoca odierna divenuto plurioffensivo, in quanto al tradizionale reato patrimoniale si associa quello invasivo della persona, tra lesioni, sequestro e addirittura violenza sessuale.

Certo il metodo scelto dal legislatore sembra allontanare dalla nostra tradizione giuridica e introdurre una sorta di licenza ad uccidere, legittimando, di fatto, il farsi giustizia da sé³¹, con questo censurando la

ne. *Onel generico pericolo di aggressione*, in *Diritto e Giustizia 34*, 2005; P. PISA, *La legittima difesa tra far west ed Europa*, in *Dir. pen. proc. 6*, 2004, n. 6; G. BUFFONI, *La "nuova" legittima difesa: diritto naturale all'autodifesa o licenza di uccidere?*, in *www.italalex.com*, S. PASCASI, *Dalla legittima difesa alla difesa legittima. La riforma dell'articolo 52 c.p.*, in *www.italalex.com*.

³¹ Nell'attuale Codice Francese approvato nel 1994 è stata riconfermata l'antica eccezione della possibilità di uccidere il *fur nocturnus* prevista dal Codice Napoleonico. La recente riforma dell'istituto della legittima difesa suscita perplessità in ordine all'applicabilità.

Ci si è chiesti se non sia opportuno intervenire sulla colpevolezza in luogo di estendere la legittima difesa, secondo i codici tedesco, portoghese, olandese, norvegese, sloveno, croa-

scelta legislativa di introdurre una scriminante speciale nella parte generale e non provvedendo ad una maggiore tassatività.

In primo luogo, il nuovo art. 52 co. 2 e 3 potrebbe essere a rischio di incostituzionalità poiché sottrae una intera casistica di fatti concreti dal dominio del giudice imparziale, creando, in estrema sintesi, un'area riservata in cui il potere giudiziario deve abdicare al suo controllo *ex lege*.

Infatti, l'obbligo di riconoscere automaticamente la proporzione nei casi indicati dai due capoversi del nuovo art. 52 cod. pen. ha fatto prospettare l'ipotesi di incostituzionalità della norma in esame per violazione dell'art. 3 Cost. in quanto rischia di apprestare maggiore tutela all'agredito in casa propria che a quello che versa in un luogo diverso dall'art. 614 violando il principio di ragionevolezza e ponendo le basi per il riconoscimento di una disparità di trattamento. Tuttavia una interpretazione della nuova norma illuminata dal principio di specialità³² permetterebbe di superare l'ipotesi di incostituzionalità in esame. In particolare tra le norme sottoposte al governo di tale criterio si instaura una relazione da *genus a species* tale che entrambe sembrano disciplinare la stessa fattispecie, ma in realtà prevale quella che oltre a possedere tutti gli elementi dell'altra, ne possiede anche alcuni specializzanti.

to, polacco, ucraino e spagnolo, il turbamento del soggetto che vede violato il proprio domicilio esclude la colpevolezza del difensore in quanto rimproverabilità.

Nelle ipotesi in esame permane il requisito di necessità che richiede l'attuazione della minima offesa necessaria ad impedire l'offesa subita.

Il requisito di proporzione invece deve arginare una difesa che da legittima può diventare eccessiva. Secondo parte della dottrina, la proporzione dovrebbe corrispondere all'equo bilanciamento dei beni giuridici coinvolti, altra parte ritiene fondamentale il grado di intensità dell'offesa. Il bene della vita (diritto inviolabile dell'uomo ex art. 2 Cost.) non è sottoposto ai limiti previsti per il diritto di proprietà (art. 42 Cost.). Ma l'art. 1 della legge n. 59/2006 sembra intravedere nella presunzione di vita, integrità fisica e proprietà una equiparazione di beni giuridici finora collocati su livelli differenti.

Ma la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo ammette la privazione della vita al trui nell'ipotesi che l'uccisione avvenga per assicurare la difesa di una qualsiasi persona da violenza illecita. Il progetto originario, perciò, prevedeva, l'introduzione del nuovo art. 52 bis. «Nel contrastare una violazione di domicilio finalizzata allo scopo di commettere altri reati, si configura in ogni caso come legittima difesa la condotta di chi: a) vedendo minacciata la propria o altrui incolumità, usa un'arma legalmente detenuta o qualsiasi altro mezzo idoneo per dissuadere o rendere sicuramente inoffensivo l'aggressore; b) vedendo minacciati i propri o altrui beni e constatata l'inefficacia di ogni invito a desistere dalla azione criminosa, per bloccarla usa qualsiasi mezzo idoneo o un'arma legittimamente detenuta, mirando alle parti non vitali di chi persiste nella minaccia».

³² Art. 15 cod. pen. Quando più leggi o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito. Cfr. A. MORO, *Unità e generalità dei reati*, Padova 1959, 49.

La legge n. 59 del 2006, pertanto, introduce proprio elementi che specializzano la vicenda *de qua* rispetto a quella prospettata nel comma precedente in cui tali indicazioni non compaiono; in particolare lo spazio in cui si realizza l'offesa diventa elemento costitutivo della scriminante al pari di quello temporale previsto dal concetto di attualità del pericolo. Così i requisiti di necessità, attualità del pericolo e ingiustizia dell'offesa informano implicitamente anche la nuova fattispecie e proprio grazie alla qualità specializzante di questi elementi di struttura, è prospettabile il superamento del dubbio di incostituzionalità della norma dispetto all'art. 3 Cost.

L'*intentio legis*, dunque, è stata quella di apprestare una tutela speciale ad una gamma di aggressioni certamente subibili dovunque, ma che si caratterizzano di ulteriore disvalore perché verificatisi violando determinati luoghi. L'autotutela in un privato domicilio, pertanto, è considerabile come un bene giuridico autonomo e degno di autonomia tutela.

In secondo luogo emergono anche dubbi di conformità della norma rispetto al diritto alla vita ex art. 2 par. 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950³³. Dalla lettera dell'art. 2 della Convenzione si evince da una lato che (par. 1) «il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge», dall'altro che è possibile derogarvi in alcuni casi, tra cui quello di (par. 2) «assicurare la difesa di ogni persona da una violenza illegale». In tal senso può leggersi anche il riconoscimento e la garanzia costituzionale dei diritti inviolabili dell'uomo rafforzata dal legislatore italiano nel momento in cui ha ratificato la Convenzione europea con legge n. 848 del 1955³⁴.

Il problema è individuare la proporzione tra l'offesa ingiusta e la difesa che può dirsi legittima soprattutto se rispettosa di questo parametro. Tale requisito mette in gioco inevitabilmente i beni oggetto della vicenda e il loro bilanciamento.

La legge n. 59 del 2006, in particolare, fissa normativamente la sussistenza della proporzione, ma la instaura tra l'uso delle armi e la difesa dei beni propri o altrui.

³³ Cfr. art. 2 della Costituzione del 1948 in riferimento al concetto di manifestazione dei diritti inviolabili dell'uomo.

³⁴ Sul problema dell'impatto delle disposizioni comunitarie sulla legittima difesa cfr.: V. ESPOSITO, *Il requisito della proporzione nella legittima difesa: l'incidenza della convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'incidenza dell'istituto*, in *Giustizia Penale* 2, 1981, 730 ss.; C. F. GROSSO, *Legittima difesa*, in ED 24, Milano 1974, 31; M. CHIAVARIO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano 1969, 152.

In ordine alla proporzione tra i beni il codice Zanardelli, sulla scia della legislazione preunitaria e di quella francese, mantiene saldo il principio secondo il quale i diritti patrimoniali, i beni, di per sé non sono lecitamente difendibili (art. 49 co. 2)³⁵ e ammette la difesa di interessi patrimoniali teleologicamente rivolta alla sicurezza personale nelle sole ipotesi contemplate (art. 376). Il codice Rocco riconosce esplicitamente la possibilità di difendere potenzialmente anche i beni patrimoniali; l'estensione di operatività della scriminante viene però mitigata dall'elemento della proporzione.

La proporzione è una scelta importante di politica criminale in quanto implica che l'aggressore può subire a sua volta qualsiasi tipo di reazione per il solo fatto di aver posto in essere una condotta *contra ius*. Si introduce così un fattore di equilibrio e di misura³⁶. La nuova formulazione, tuttavia, stravolge l'impianto fondante dell'elemento in esame. La presunzione assoluta di proporzione tra offesa e difesa implica la legittimazione dell'uso delle armi e di tutte le possibili conseguenze per difendere il bene vita e i beni materiali. La mancanza di indici inequivocabili per stabilire la proporzione tra beni eterogenei emerge nei casi in cui non è intuibile stabilire una gerarchia³⁷.

Nel permettere la difesa legittima anche per i beni propri e altrui la norma avrebbe codificato una comune prassi giurisprudenziale. Ma la novità è l'automatico riconoscimento della proporzione che impone di valutare sullo stesso piano beni personalissimi e beni patrimoniali. In questo ultimo caso deve intendersi la dicotomia 'desistenza' e 'pericolo attuale'. Una soluzione potrebbe essere quella di interpretare l'assenza di desistenza coniugandola con un onere di intimidazione a carico del l'agredito³⁸. In ordine al pericolo attuale, invece, lo si può riferire al momento dell'aggressione personale riconoscendo la proporzione tra beni inerenti la persona³⁹; ma interpretarlo come pericolo di aggressione tra beni patrimoniali significa instaurare il vincolo di proporzione tra patrimonio dell'agredito e incolumità dell'aggressore eliminando alla radice qualsiasi ipotesi di responsabilità per eccesso colposo. Ed è questo profilo che mette in discussione un pacifico confronto tra nuova legge e Convenzione europea del 1950.

³⁵ MANZINI, *Trattato cit.*, 237.

³⁶ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino 2006, 404.

³⁷ Cass. I, n. 208256 del 1997; Cass. II n. 215736 del 1999 su libertà sessuale e incolumità personale.

³⁸ PALAZZO, *Corso cit.*, 408.

³⁹ G. FIANDACA - E. MUSTO, *Diritto penale*, Bologna 2006.

È chiaro qui una violazione della Convenzione nella misura in cui, leggendo le possibili deroghe al diritto alla vita, si individua solo quella per la difesa della persona da una violenza illegale, limitante pertanto la legittimità dell'aggressione-reazione ai soli casi di difesa della propria integrità psico-fisica e soltanto rispetto ad un comportamento giudicabile *ex post* secondo parametri non inferiori alla violenza. Sul punto potrebbero obiettarsi che in realtà la norma della Convenzione se pur non menziona, al contempo non esclude espressamente la possibilità di aggredire il diritto alla vita per la tutela di beni a carattere patrimoniale. Nel caso in esame il legislatore europeo ha proclamato in primo luogo il diritto alla vita estendendolo ad ogni persona senza indicare limitazione alcuna sotto il profilo soggettivo. In secondo luogo ha poi previsto deroghe che indicano i casi in cui la morte non viene inflitta in violazione del principio annunciato. Ora una deroga normativa deve assolvere ad una funzione delimitativa ed essere puntuale e circoscritta. Pertanto avere espressamente indicato la difesa da una violenza illegale, l'esecuzione di un arresto illegale o l'impedimento di un'evasione e la repressione di una sommossa o una insurrezione come momenti derogatori del diritto alla vita (par. 2) e il non aver contemplato altrettanto tale scriminante anche per la difesa legittima della sfera patrimoniale personale, esclude la cumulabilità della nuova disposizione in esame con quella comunitaria.

Tuttavia essendo ormai incontrovertibile la compressione delle due norme nel nostro ordinamento unica deve essere l'interpretazione del loro medesimo oggetto: in realtà il campo di applicazione delle due norme si interseca in modo che quello della Convenzione è costituito da un cerchio concentrico di dimensioni minori (tutela beni personali) di quello della norma del codice penale (tutela beni personali e tutti gli altri beni)⁴⁰. Dall'intersecazione delle due disposizioni si evince che deve ritenersi vietata ogni forma di legittimazione di omicidio a chi aggredisce beni di natura non personale⁴¹.

Nel nostro ordinamento così in base alla gerarchia dei valori costituzionali e di quelli penalmente protetti, si è tenuto presente che la *Grundnorm* è quella protettiva del diritto alla vita.

Ma è il legislatore ad aver già deciso gli effetti penali di quei determinati 'fatti' giuridici. Ciò che è indubbio è che l'*an* della riforma aveva già trovato consensi in seno ai diversi progetti di modifica del codice penale; quello che resta opinabile è probabilmente il *quomodo*.

⁴⁰ ESPOSITO, *Il requisito cit.*, 1916.

⁴¹ CHIAVARIO, *La convenzione cit.*, 152.

A questo punto la parola non può che passare alle pronunce giurisprudenziali. Sarà fondamentale l'impegno della difesa nel prospettare questioni di legittimità, sia rispetto alla normativa comunitaria che costituzionale e l'attività del giudice che, nonostante l'automatismo legislativo in materia di proporzione e considerando i numerosi dubbi che la nuova norma prospetta, non potrà non procedere ad un'operazione di svelamento della *littera legis*.

La portata innovativa della riforma è valutabile, infatti, solo attraverso le decisioni della Suprema Corte che segna i confini applicativi del nuovo istituto.

La riforma, in conclusione, configurerebbe una sorta di presunzione di adeguatezza della reazione del soggetto che reagisce ad una azione violenta, dopo che ci si sia introdotti armati nella altrui dimora. La interpretazione giurisprudenziale immediatamente successiva alla modifica legislativa, infatti, si è orientata, nel breve tempo trascorso, nel senso che i requisiti previsti dall'art. 52, co. 1 cod. pen. con riguardo all'attualità del pericolo della offesa ingiusta ed alla necessità della reazione non siano stati modificati dalla legge del 2006. Questa ha riguardato esclusivamente il criterio della proporzionalità e, quindi, in particolare, la configurabilità dell'eccesso colposo di legittima difesa laddove risulti che l'agente abbia colposamente ecceduto nella difesa del proprio diritto ponendo in essere una reazione sproporzionata all'altrui azione aggressiva⁴². Onde potere invocare la legittima difesa deve pur sempre sussistere un'aggressione ovvero un pericolo di un'aggressione in atto a fronte della quale qualora l'aggressione avvenga in un luogo di privata dimora da parte di un soggetto che si sia introdotto o trattenuto contro l'espressa volontà di chi ha diritto di escluderlo ovvero, clandestinamente o con l'inganno, è lecito l'uso dell'arma legittimamente detenuta, per difendere determinati beni. Tale soluzione può essere condivisibile poiché è stato modificato soltanto il concetto di proporzionalità fermi restando i presupposti della attualità della offesa e della inevitabilità dell'uso dell'arma come mezzo di offesa della incolumità o dei beni dell'aggressore. Questi devono essere esaminati previamente ed in tale ordine, cosicché se insussistenti i primi requisiti non si potrà passare a valutare quello successivo della proporzionalità. Sotto tale profilo, anzi, deve rilevarsi che il legislatore al di là della affermazione di principio

⁴² Cass. pen., sez. 5, n. 25339 del 28 giugno 2006; Cass. n. 32282/2006; Cass. pen., sez. 1, n. 12489 del 16 febbraio 2007; Cass. pen., sez. 1, n. 12466 del 21 febbraio 2007; Cass. pen., sez. 1, n. 16677 dell'8 marzo 2007.

per cui sussiste il rapporto di proporzione non ha voluto operare una completa equiparazione fra qualsiasi tipo di interesse, nel senso che appaiono evidenti che neppure il *novum* legislativo legittima sempre una reazione implicante l'uso indiscriminato e senza limiti delle armi, finalizzato a ledere la incolumità dell'aggressore, bensì impone ugualmente una comparazione degli interessi poiché consente l'uso dell'arma in diffeza della propria o altrui incolumità, e nel caso di difesa dei beni solo quando non vi è desistenza e vi è pericolo di aggressione.

In un'ottica storico-giuridica la riforma, dunque, reintroduce eccezioni a tal punto rilevanti al requisito della proporzione da ricordare nel diritto romano l'eccezione alla proporzione tra offesa e difesa nell'ipotesi di *fur nocturnus*. La riforma dell'art. 52 cod. pen., infatti, recupera per certi aspetti, l'applicazione della legittima difesa nel diritto romano in una sorta di ritorno, senza precedenti, al diritto romano. Tale recupero è particolarmente interessante se inserito in una visione generale della disciplina della legittima difesa⁴³ che per il diritto romano porta a rilevare, senza dubbio, una più ampia applicazione dell'istituto.

⁴³ M. BOSCARRELLI, s.v. *Legittima difesa (dir. pen.)*, in EGT 18, Roma 1990, 1 ss.; M. PANEBIANCO, s.v. *Legittima difesa (dir. intern.)*, in EGT 18, Roma 1990, 1 ss.; [D. FALCINI], s.v. *Legittima difesa (Postilla di aggiornamento)*, in EGT 18, Roma 1990, 1 ss.; P. DOVANI, *Difesa ct.*, 496; C. F. GROSSO, *Legittima difesa*, in ED 24, Milano 1974, 27; F. DELLA ROCCA, s.v. *Legittima difesa (dir. can.)*, in NNDI 9, 1965, 715 ss.; E. ALTAVILLA, s.v. *Difesa legittima (dir. pen. com.)*, in NNDI 5, Torino 1960, 619 ss.; G. ARANCIO-ROIZ, s.v. *Difesa legittima (dir. inter.)*, in NNDI 5, Torino 1960, 631 ss.; G. CIARDI, s.v. *Difesa legittima (dir. pen. mil.)*, in NNDI 5, Torino 1960, 628 ss.; M. GALLO, *La teoria dell'azione finalistica nella più recente dottrina tedesca*, Milano 1957, 55.