

Il concetto di proporzionalità nella legittima difesa e nello stato di necessità. aspetti problematici. in particolare la legittima difesa anticipata

Autore: Redazione

In: Diritto penale

di Enrico bruno

[Fonti: artt. 52, 54, 55, 59 c.p.; art. 42, 45 c.p.m.p.; artt. 2044 - 2045 cc; art. 376 cod. pen. Zanardelli (abrogato)]

1.Introduzione - 2.La proporzione tra azione/situazione di pericolo e contro reazione - 3. Segue: nella legittima difesa - 4.Segue: nello stato di necessità - 5.La legittima difesa anticipata - 6.Conclusioni.

1.Introduzione. Presenti in tutti gli ordinamenti giuridici, le cause di giustificazione (o scriminanti) hanno sempre costituito il varco, la porta d'ingresso, tra ciò che è normalmente vietato dalla legge e tra ciò che è eccezionalmente permesso. Si badi bene, le cause di giustificazione non sono norme eccezionali in senso tecnico, casomai eccezionali in senso lato sono le situazioni fattuali in cui tali circostanze possono, anzi, meglio, devono essere applicate. Le scriminanti hanno l'arduo compito di raccordare due importanti aspetti elevati a rango di presupposti irrinunciabili dall'ordinamento giuridico: il primo è quello in base al quale l'ordinamento deve essere efficace, ovvero per funzionare a dovere in una collettività, deve limitare al massimo i casi in cui i cittadini possono ricorrere alle armi (ne cives ad arma ruant); il secondo consiste nel prevedere e regolamentare quei casi e quelle situazioni, che nella prassi accadono, nelle quali i cittadini possono tenere comportamenti o svolgere ed esercitare determinate attività che altrimenti sarebbero vietate. Tutto ciò è possibile grazie al principio di non contraddizione in base al quale se una condotta viene permessa o tollerata da un lato, anche se a determinate condizioni, colui che l'ha tenuta non può per ciò essere punito, dall'altro. Da un punto di vista strettamente tecnico, secondo quella parte della dottrina e giurisprudenza che sostiene la teoria tripartita del reato (fatto, antiggiuridicità, colpevolezza), le cause di giustificazione escluderebbero l'antigiuridicità., mentre, secondo altra parte, queste escluderebbero l'elemento dell'offesa del reato. Le (rigide) condizioni che in presenza di tali scriminanti rendono lecito il comportamento altrimenti illecito in altre situazioni, su cui dottrina e giurisprudenza hanno detto molto, sono la costrizione data dalla necessità di difendere o salvare un proprio o altrui diritto/bene (artt. 42c.p.m.p., 52 e 54 c.p.), la ingiustizia e attualità dell'offesa (art. 42 c.p.m.p. e 52 c.p.), la inevitabilità del pericolo (art. 54 c.p.) e la proporzionalità del fatto rispetto all'offesa

o al pericolo. I primi tre aspetti si incentrano su una situazione oggettiva in cui opera l'agente sulla quale tuttavia l'interprete è pur sempre chiamato a dare un giudizio. L'ultimo aspetto, ovvero la proporzionalità tra azione/situazione di pericolo e contro reazione, si fonda essenzialmente sul giudizio soggettivo in base a determinati parametri.

2. La proporzione tra azione/situazione di pericolo e contro reazione. I presupposti di natura politico-sostanziale^[1] in base ai quali l'ordinamento giuridico può ammettere, oltre a quelli sopra citati, una reazione difensiva (artt. 42 c.p.m.p. e 52 c.p.) ed un comportamento necessario ed indispensabile (art. 54 c.p.) per far fronte ad una situazione di pericolo, entrambi implicanti un sacrificio di un diritto/bene/interesse altrui, vengono individuati nella prevalenza dell'interesse del bene da proteggere rispetto a quello sacrificato, per la difesa legittima, e nell'equivalenza dell'interesse del bene sacrificato rispetto a quello salvato, nello stato di necessità. Come si vede, l'ordinamento formula già a priori un giudizio diverso per ciascuna delle scriminanti di cui si sta trattando, ovvero ritiene prevalente il bene salvaguardato nella legittima difesa, mentre ritiene equivalente tale bene rispetto a quello sacrificato nello stato di necessità e ciò anche per ragioni storico-politiche, essendo socialmente più riprovevole l'offesa proveniente da un soggetto, consapevole o meno, piuttosto che da fatti dannosi che comunque non devono essere stati volontariamente causati da chi è costretto dalla necessità. Tale diversità di giudizio influisce anche sul giudizio di proporzionalità tra i due interessi in gioco nelle rispettive norme, dando all'interprete la possibilità di interpretare la norma della legittima difesa con maggior elasticità, spesso, a torto o a ragione, tramutata in indulgenza: basti pensare che, dal punto di vista civilistico, (cfr. artt. 2044 e 2045 cc) la norma dello stato di necessità prevede, a differenza di quella della legittima difesa, un "equo indennizzo". Il giudizio di proporzione tra i due elementi contrapposti, oggetto di fragili e delicati equilibri di ponderazione, è ovviamente e necessariamente legato a doppio filo al giudizio dell'eventuale eccesso colposo (art. 55 c.p.) e ciò è ribadito dal fatto che le norme scriminanti, quella dell'eccesso colposo compresa, hanno essenzialmente natura soggettiva^[2], spiegando effetti solo nei confronti della persona a cui si riferiscono e rispetto quindi alla valutazione della proporzionalità tra mezzi impiegati che questa ha compiuto. Anche per ciò non vi sono particolari problemi nell'ammettere e valutare l'eccesso colposo rispetto alla causa di giustificazione putativa (art. 59 c.p.).

un aspetto interessante, a riprova del fatto che il giudizio di proporzionalità tra i due elementi contrapposti è essenzialmente di carattere soggettivo, è desumibile dal dettato degli articoli 38 ("Difesa legittima") e 39 ("Stato di necessità") del recente Progetto Preliminare di Riforma del codice penale del 1998 (c.d. progetto Grosso): in entrambe le norme, che ripetono essenzialmente il testo contenuto negli artt. 52 e 54 del vigente Codice, è precisato il fatto che il pericolo attuale di un'offesa ingiusta può essere anche "percepito dall'agente", allargando così le possibilità, per l'interprete, di indagare sulle eventuali modalità di percezione del fatto offensivo o della costrizione data dalla necessità del salvataggio e sulle consequenziali modalità di contro reazione.

3. Segue: nella legittima difesa. Il concetto di proporzione tra offesa e difesa deve anzitutto ricadere nella legittimità: può dirsi legittima solo quella condotta difensiva che si presenta attuale, necessaria, senza la quale risulterebbe inevitabile l'offesa, ed infine deve essere proporzionata. Ora, in prima battuta ed in

linea strettamente teorica, la percezione "tattile" del concetto di difesa proporzionata all'offesa è chiaro per tutti. I problemi, a livello interpretativo, sorgono proprio nell'applicare quei parametri che dovrebbero determinare tal giudizio. I primi dubbi possono già venire a galla nel dare un giudizio sul grado di pericolosità dell'aggressione e sulla consequenziale reazione difensiva: se si pensa al caso più emblematico del soggetto che, anche se dotato di porto d'armi, spara contro il suo aggressore mentre viene rapinato, viene immediatamente in luce il fatto che il requisito della proporzione è tutt'altro che pacifico; siamo (abbastanza) sicuri che l'aggressore voleva solo spaventare, ferire uccidere o altro? E l'agredito che ha reagito lo ha fatto in misura proporzionata, se ha, a sua volta, spaventato, messo in fuga, ferito, o ucciso? Ecco che l'obbligo di valutare anche il modo di percezione da parte dell'agredito del fatto offensivo, in base al Progetto prel. del nuovo codice sopra citato, può fornire elementi di elasticità di giudizio che soccorrerebbero in quei casi in cui c'è qualche dubbio, ...praticamente quasi tutti!

La dottrina più accreditata^[3] afferma che la proporzione tra difesa ed offesa si ha quando il male inflitto all'aggressore è inferiore, eguale o tollerabilmente superiore al male da lui minacciato, con la quale è concorde buona parte di una costante giurisprudenza^[4] che afferma, peraltro, che l'agredito non sarebbe in grado di valutare e dosare gli effetti della reazione. Una prima distinzione, configurante determinati parametri, che appare logica, è quella di distinguere i beni omogenei, ovvero vita contro vita, incolumità fisica contro incolumità fisica, libertà (di ogni tipo) contro libertà, patrimonio contro patrimonio ecc... da quelli eterogenei come incolumità contro patrimonio ecc... Il requisito della proporzionalità sarebbe più difficilmente rintracciabile in caso di beni eterogenei: ciò viene sconfessato però da altra dottrina e da giurisprudenza, entrando in gioco un'altra caratteristica consistente nell'intensità, ammettendo che (il pericolo di) un'offesa ad un ingente patrimonio può anche determinare il ferimento o l'uccisione di un aggressore. Non resta altro che valutare la proporzione, con la necessità e non evitabilità, alla luce della situazione concreta, attraverso un giudizio relativistico e quantitativo.

Un aspetto positivo ci è dato dall'evoluzione che ha avuto la norma della legittima difesa nel tempo: l'art. 376 del cod. pen. Zanardelli oltre a restringere i casi, tipizzandoli, di legittima difesa, prevedeva, a differenza della corrispondente norma dell'art. 52 c.p., una violenza in atto e non anche il pericolo attuale di un'offesa ingiusta. Sullo stesso tenore è la norma dell'art. 42 c.p.m.p., giustificata, secondo alcuni, dall'ambito di applicazione, ovvero quello militare. La possibilità per l'interprete, di valutare (anche) l'entità del pericolo attuale di un'offesa e non solo di un'offesa in atto, contribuisce senz'altro a favorire un giudizio relativistico e quantitativo con più possibilità di rivelarsi aderente in molte situazioni fattuali. Ma, allora, se è ammissibile una contro reazione tollerabilmente superiore (ma quanto tollerabilmente superiore?) al male minacciato, anche contro il pericolo di una violenza, anche se tal reazione difensiva si rivolge contro un bene dell'aggressore di diverso tipo, ovvero eterogeneo, rispetto a quello agredito, quali sono i criteri per determinare i confini della proporzionalità tra offesa e difesa? Questa scriminante è destinata, come è avvenuto in passato ed avviene in molti casi, a subire un'espansione applicativa a seconda del grado di insicurezza esistente in una società? Sicuramente limiti invalicabili sono costituiti dal fatto che difendersi legittimamente significa non dare mai a nessun agredito la possibilità di "trasformare" la sua reazione in un vero e proprio comportamento doloso impunito o consegnare il

lasciapassare per percorrere le strade della spavalderia, restringendo al massimo, se non eliminando, ad es., i casi di *commodus discessus* (la c.d. fuga dignitosa). Altro criterio storico invocato da dottrina e giurisprudenza riguarda il tipo di mezzi reattivi[5] di cui l'agredito disponeva, come nell'esempio di colui che trovandosi a fronteggiare un aggressore armato di bastone, non abbia altra scelta che quella di utilizzare un fucile, se non cagiona la morte dell'aggressore.

4. Segue: nello stato di necessità. Questa scriminante, giustamente considerata amorale (*necessitas non habet legem*), essendo indifferente, per l'ordinamento, il sacrificio di un bene rispetto all'altro di pari valore, a differenza di quella della legittima difesa ha dei presupposti e dei limiti oggettivi più rigorosi. Tale rigidità comporta il fatto che il giudizio di proporzionalità, espressamente menzionato nell'art. 54 c.p., possa essere ritagliato entro confini più rigidi. L'esempio classico in cui si verifica la situazione in cui è applicabile tale scriminante è quello in cui il naufrago, aggrappato al relitto che può sostenere un solo uomo, non permetta ad altri naufraghi di aggrapparvisi, determinandone così la morte per affogamento. Il fatto che l'ordinamento giuridico permetta all'individuo di diventare arbitro incontrastato di certe situazioni dipende essenzialmente dalla considerazione che non si può pretendere lo spirito di sacrificio o l'eroismo dalla stragrande maggioranza degli esseri umani. Il fatto lesivo deve essere il mezzo per salvare il bene personale e questo deve essere minore o uguale di quest'ultimo, mai maggiore: se ciò è chiaro ed evidente per quanto riguarda i beni non patrimoniali o altri, come l'onore, il pudore ecc., qualche dubbio potrebbe sorgere per quanto riguarda i beni dell'integrità fisica o della vita. In realtà chi uccide più persone per salvarsi, come, ad esempio, il naufrago che uccide più compagni per rimanere a galla o di colui che si impossessa di un'auto per fuggire da una valanga, sacrificando la vita dei legittimi proprietari, da un punto di vista strettamente quantitativo, dovrebbe infrangere la regola della proporzionalità: in realtà il sacrificio di più vite umane risponde al criterio della necessità che non conosce regole. La risposta a ciò, quindi, va sempre ricercata nei rigidi parametri della necessità, dell'attualità del pericolo, e della inevitabilità. Appare giusto ritenere che maggior valore hanno i beni, maggior indulgenza si dovrebbe richiedere da parte dell'interprete: a tal proposito l'art. 39 del Progetto preliminare di riforma del codice penale elenca esplicitamente i beni della vita, integrità fisica, libertà individuale e libertà sessuale. Anche la percezione soggettiva del pericolo, sempre contenuto nell'art. 39, si rivelerebbe sicuramente un ottimo criterio per valutare la proporzionalità dei due interessi, da parte dell'agente, come già accennato.

5. La legittima difesa anticipata. La estensione analogica in *bonam partem* della legittima difesa a situazioni nelle quali ancora non si è concretizzato alcuna condotta aggressiva, pongono una serie di problematiche inerenti proprio il concetto di proporzionalità tra azione e contro reazione. Il problema va visto in questi termini: il giudizio di proporzionalità presuppone necessariamente due termini di comparazione, ovvero le condotte, quella offensiva e quella difensiva, o al massimo, il pericolo attuale di quella offensiva, altrimenti, mancando questi, non può effettuarsi alcun giudizio. Si pensi al caso della giovane donna tenuta in ostaggio che per difendersi, o meglio prevenire, una quasi certa violenza sessuale uccide nel sonno il violentatore, oppure del gioielliere che, legato ed imbavagliato dai rapinatori, riesca a liberarsi e cominci a sparare su di essi mentre la rapina è ancora in atto: nel primo caso non è rinvenibile alcuna offesa in senso stretto, mentre nel secondo, non sarebbe direttamente rinvenibile nel

comportamento criminale in atto (la rapina), pur ravvisando gli elementi della necessità, dell'inevitabilità altrimenti e della presenza di un pericolo imminente e perdurante, ma lo sarebbe, nella quasi totale certezza e data la situazione, per il motivo in base al quale il gioielliere, se scoperto ed in assenza di alcuna reazione, sarebbe andato incontro a morte o ad altro tipo di lesione sicura. In tali ipotesi, in punto di fatto, può farsi solo un giudizio di comparazione tra una reazione, da parte dello pseudo aggredito e la presunzione, dati certi elementi esistenti in una data situazione, in base alla quale è verosimile che la aggressione sarebbe stata del tipo immaginato da quest'ultimo: l'inciso del già ricordato art. 38 del Progetto del nuovo c.p., riguardante la percezione del pericolo da parte dell'agente, sicuramente potrebbe soccorrere nei casi di legittima difesa anticipata. Ciò non toglie, però, che un giudizio di proporzionalità non potendolo formulare su un'offesa, mai realmente avvenuta, e una (pseudo) difesa, possa essere fatto su ciò che presumibilmente, con un alto grado di certezza, si sarebbe potuto concretizzare in aggressione e la difesa attuata da parte dello pseudo aggredito, occorrendo estendere sempre tal giudizio alla presunzione in base alla quale una qualsiasi azione difensiva si sarebbe sempre e comunque rivelata inefficace a condotta offensiva iniziata: se da un lato tutto ciò presenta degli aspetti indubbiamente logici, dall'altro tale ragionamento rivela un discreto arrampicarsi sugli specchi da parte dell'interprete! E ciò determina tale estensione analogica della norma, ovvero la verosimile certezza di un'offesa ingiusta benché manchi, in realtà, come alcuni erroneamente sostengono, la eadem ratio per mancanza di un elemento: l'offesa. Ma esigenze di carattere politico, sociale e fattuale, considerata soprattutto in tali ipotesi, la scarsa se non nulla difesa statale, esigono tale figura analogica.

6. Conclusioni. il giudizio di proporzionalità tra i due aspetti considerati nella legittima difesa e nello stato di necessità è forse l'aspetto più spinoso in tal materia proprio perché si fonda su un giudizio abbastanza povero di addentellati oggettivi. Se è vero che il "pericolo attuale di un'offesa", stabilito nell'art. 52 c.p., risponde meglio ad esigenze pratiche, rispetto all'attualità prevista dal vecchio codice Zanardelli, tuttavia impegna l'interprete nel giudizio di proporzionalità tra un "semplice" pericolo di un'offesa e la reale reazione. A stretto rigor di logica, quindi, solo ad aggressione in atto si potrebbe valutare la proporzione tra questa e la contro reazione. In realtà il bilanciamento tra l'esigenza, sentita dalla collettività e garantita dallo Stato, che i cittadini non ricorrano alle armi, e quella di garantire a questi ultimi la possibilità di difendere un proprio diritto nei casi necessari a determinate condizioni, in base alla ponderazione del valore degli interessi in gioco, secondo il principio della prevalenza, per la legittima difesa, e dell'indifferenza, per lo stato di necessità rende imprescindibile l'esistenza, in tutti gli ordinamenti, di tali scriminanti. Un altro importantissimo aspetto pratico, già noto agli antichi Romani, è quello, sintetizzabile nella massima latina che dice "adgreditus non habet staderam in manu" ovvero l'aggredito non ha la bilancia, nel momento del fatto che gli permetta di soppesare la sua effettiva gravità: da ciò si deduce che il giudizio di proporzionalità non può essere mai essere preciso. Non stupisce il fatto che il giudizio di proporzionalità, essenzialmente soggettivo, quantitativo e relativistico, debba rispondere a criteri pratici di logica e ragionevolezza visto che, considerata la casistica alquanto variabile, non avrebbe senso, né tanto meno utilità, imprigionarlo in rigidi criteri tecnico - giuridici. L'applicazione del giudizio di proporzionalità è quindi uno degli aspetti più delicati e complessi che possono affidarsi alla sensibilità dell'interprete, il quale, al pari del giurista e del legislatore, dovrebbe comportarsi come il gatto che gioca col gomitolo di lana: il gioco può essere fluido e dinamico se tutto non si ...ingarbuglia!

Enrico bruno

Note:

[1] Mantovani F.: manuale di diritto penale, Ed. CEDAM 2001, pag. 250

[2] CASS., Sez.I 84/164567

[3] Mantovani F.: manuale, pag. 273

[4] CASS., Sez,I 87/176378, Sez. 68/110281

[5] CASS. Sez. I 82/090215

<https://www.diritto.it/il-concetto-di-proporzionalita-nella-legittima-difesa-e-nello-stato-di-necessita-aspetti-problematici-in-particolare-la-legittima-difesa-anticipata/>