

L'ambito di operatività della legittima difesa (putativa): caratteristiche e limiti dell'autotutela del privato cittadino.

di Sara Scapin

*Nota a Cass. Pen., Sez. IV, Sent. 27 aprile 2015 (dep. 16 luglio 2015), n. 31001,
Pres. Brusco, Rel. D'Isa*

SOMMARIO: **1.** Premessa. La controversa natura della legittima difesa. – **2.** Analisi normativa e giurisprudenziale dei presupposti sostanziali della legittima difesa. – **2.1.** *Segue:* messa in pericolo della vita dell'agente - **2.2.** *Segue:* pericolo attuale... - **2.3.** *Segue:* ... e non volontariamente causato - **2.4.** *Segue:* ingiustizia dell'offesa - **2.5.** *Segue:* proporzione tra difesa ed offesa - **3.** Profili di diritto comparato: la legittima difesa nel diritto comunitario - **4.** Lo stretto legame tra la legittima difesa putativa e l'errore. – **5.** L'eccesso colposo putativo. – **6.** Considerazioni finali.

1. Premessa. La controversa natura della legittima difesa.

Con la pronuncia in analisi la Suprema Corte ha affrontato una tema quanto mai attuale, legato alla scriminante della legittima difesa e, nello specifico, alla peculiare figura della legittima difesa putativa ed ai suoi rapporti con l'eccesso colposo¹.

In via preliminare, appare opportuno precisare come la natura della suddetta esimente sia sempre stata oggetto di ampio dibattito dottrinale.

A fronte di un primo risalente orientamento secondo il quale andava considerata come una sorta di “delegazione della funzione difensiva” da parte dello Stato in favore del cittadino per quelle situazioni in cui l'intervento dell'Autorità non potesse risultare tempestivo, o di una seconda visione che la concepiva alla stregua di una lotta all'illecito², si è poi fatta maggiormente strada la concezione che vi riscontra un

¹ Per una esaustiva ricostruzione storica, si veda PADOVANI, *Difesa legittima*, in *Digesto penale*, III, Torino, 1989, pag. 497.

² Cfr. PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano, 2012, pag. 164; nonché JHERING, *La lotta per il diritto*, Milano, 1989, pagg. 63 ss., trad. it., per il quale « ciascuno nel diritto proprio difende il Diritto. Difende anzi l'ordinamento della vita socievole. E coopera in fondo all'attuazione

residuo di “autotutela” del cittadino nei confronti di colui che agisce in spregio alla legge, riconoscendo, in tal senso, prevalente l'interesse di chi viene ingiustamente aggredito rispetto a quello di colui che realizza un comportamento antigiuridico (*vim vi repellere licet*)³

Come è stato efficacemente osservato⁴, l'autotutela che fonda la legittima difesa rappresenta la conseguenza necessaria ed inevitabile del riconoscimento di diritti basilari in capo all'essere umano.

Essa, infatti, affonda le proprie radici proprio nel fatto che quest'ultimo è titolare di una serie di diritti fondamentali, i quali sono recepiti e, conseguentemente, tutelati dall'ordinamento giuridico. Se alla vita, all'incolumità e alla libertà personale è riconosciuto il rango di diritti umani inviolabili sia a livello nazionale (artt. 2, 3 e 13 Cost.) che comunitario (Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo)⁵, è allora quantomai opportuno che ciascuno possa agire in via di autotutela per la loro protezione.

Ecco quindi che la legittima difesa finisce per possedere un carattere ambivalente, al tempo stesso sia privatistico (trattandosi, appunto, di un diritto preesistente ed innegabile dell'individuo), che pubblicistico (quale strumento di salvaguardia dell'ordinamento).

Tutto ciò premesso, occorre evidenziare come la sentenza in analisi abbia il merito di delineare e, conseguentemente, esaminare con grande precisione la figura in analisi e le condizioni in presenza delle quali può operare, la qual cosa di certo assume una connotazione decisamente positiva, soprattutto a seguito dell'onda emotiva generata sul tema nell'opinione pubblica da recenti e numerosi casi di tentativi di rapina armata.

In particolare, la vicenda di cui si è dovuto occupare il Supremo Consesso concerne proprio l'assalto posto in essere da due uomini ai danni di un bar tabaccheria. Più nello specifico, la figlia della proprietaria, riuscita a sfuggire ad uno dei rapinatori, veniva inseguita da quest'ultimo. Il fratello della donna, vedendo la sorella inseguita

dell'idea del diritto », ciò in quanto « *il Diritto non deve cedere al torto (Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen)* ».

³ Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, pag. 534; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale*, Zanichelli, 2010, pag. 283.

⁴ TONINELLO, *La legittima difesa in Europa e in Italia dopo la legge n. 59 del 13 febbraio 2006*, Padova, 2011, in *paduaresearch.cab.unipd.it*, pag. 14 ss.

⁵ Siglata a Roma nel 1950 e riconosciuta nell'ordinamento italiano nel 1955 con la legge n. 848.

da un uomo armato, affrontava in una colluttazione il rapinatore e, dopo avergli sottratto la pistola, approfittando di un momento in cui gli dava le spalle, esplodeva un colpo che raggiungeva il rapinatore alla spalla. A seguito della ferita riportata, l'uomo perdeva la vita e, per tale ragione, la Corte di Appello di Caltanissetta condannava l'imputato per il reato di cui agli artt. 55 e 589 c.p.

2. Analisi normativa e giurisprudenziale dei presupposti sostanziali della legittima difesa.

Come anticipato, per il tramite della pronuncia in esame i Supremi Giudici hanno esaustivamente analizzato i requisiti comuni alle due figure giuridiche della legittima difesa e della sua variante putativa così come sanciti dalla legge⁶.

È noto come la legittima difesa si componga di due contrapposti atteggiamenti: uno aggressivo ed uno difensivo.

Da una parte, cioè, deve sussistere una aggressione ingiusta, la quale si sostanzia nel pericolo attuale di un'offesa che, se non neutralizzata tempestivamente, sfoci nella lesione di un diritto appartenente a colui che reagisce; dall'altra, è necessaria una reazione legittima, correlata alla necessità di difendersi, all'inevitabilità del pericolo e alla proporzione tra difesa ed offesa⁷ - requisito che, come a breve si vedrà, difetta nella scriminante putativa.

Dal punto di vista criminologico, infatti, essa viene generalmente ricondotta al novero del delitto di relazione (*beziehungsdelikt*), poiché i soggetti coinvolti risultano rivestire – seppur in modo anomalo – le vesti sia dell'autore che della vittima del reato⁸.

⁶ Come osserva TONINELLO, *La legittima difesa in Europa e in Italia dopo la legge n. 59 del 13 febbraio 2006*, Padova, 2011, in *paduaresearch.cab.unipd.it*, pag. 11, è stata ormai abbandonata l'idea di trovare un fondamento comune a tutte le scriminanti, dovendosi prendere atto di come ciascuna di esse sia caratterizzata da elementi suoi propri e da fini precipui, incompatibili con quelli delle altre fattispecie, di talchè ciascuna delle scriminanti generali necessita di una autonoma analisi da parte dell'interprete del diritto.

⁷ Cfr. Cass. pen., 29 settembre 2006, n. 32282; Cass. pen., 12 febbraio 2004, n. 16908.

⁸ Così SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa: un'analisi comparata*, Padova, 2003, pag. 5 ss., la quale ben evidenzia come la legittima difesa possa svilupparsi sotto due diverse forme: anzitutto, come scontro in campo aperto tra due agenti posti in condizione paritaria (facendo, in particolare, riferimento alla famosa *Pro Milone* di Cicerone, il quale invano cercò di difendere Milone – reo di aver ucciso Clodio – proprio sull'assunto che quest'ultimo aveva dovuto offendere l'avversario per poter salvare se stesso); in secondo luogo, quale *fur nocturnus*, cioè la situazione del ladro che di notte si introduce in una dimora altrui e finisce per scontrarsi con il padrone di casa. Per tale ultima ipotesi il diritto romano apprestava all'agredito una tutela superiore, presumendo che l'intrusione di per se' potesse trascendere in una aggressione contro

2.1. Segue: messa in pericolo della vita dell'agente

Il presupposto primario per aversi l'applicazione della scriminante della legittima difesa è la sussistenza di una situazione di pericolo per la vita dell'agente.

La minaccia deve provenire da una condotta umana, anche di natura omissiva, che aggredisca un diritto altrui. La giurisprudenza ormai pacificamente vi ricomprende anche il danno arrecato da un animale o da una cosa, ma, in tal caso, unicamente qualora risulti individuabile un soggetto tenuto a vigilare su di essi⁹.

Nel concetto di “diritto altrui” dottrina e giurisprudenza, stante il tenore letterale della disposizione (la quale fa semplicemente utilizzo del termine “diritto”, senza altre specificazioni), fanno ormai rientrare non solo il diritto soggettivo in senso stretto, ma qualsiasi bene giuridicamente tutelato, anche di natura patrimoniale¹⁰.

Devono invece escludersi dalla sfera applicativa della norma semplici situazioni di fatto dalle quali ogni cittadino può trarre o trae determinati vantaggi o utilità soggettive nell'estrinsecazione della sua attività economico-sociale¹¹.

2.2. Segue: pericolo attuale...

L'aggressione deve, inoltre, provocare un pericolo attuale, inteso come una situazione chiaramente diretta a provocare danno alle persone o cose, in divenire e tale che la sua cessazione non possa che dipendere necessariamente dall'intervento di colui che intende rimuovere le cause dell'imminente lesione¹².

la vita del proprietario della casa e della sua famiglia: perciò se di notte era consentito uccidere il ladro, di giorno tale facoltà era concessa unicamente qualora il reo si fosse difeso con armi e il proprietario avesse inutilmente cercato aiuto.

⁹ Cfr. Cass. pen., 18 giugno 2009, n. 25526, in cui la Suprema Corte aveva annullato senza rinvio la decisione di secondo grado che aveva condannato un uomo per aver ucciso una volpe, in considerazione del fatto che era stato costretto a sparare per difendere i suoi beni ed i suoi familiari.

¹⁰ Cfr., *ex multis*, Cass. pen., 18 giugno 2009, n. 25526; Cass. pen., 12 febbraio 2004, n. 16908; Cass. Pen., 14 marzo 2003, n. 20727.

¹¹ Cfr. Cass. pen., 17 novembre 1999, n. 2692, nella quale la Corte di Cassazione ha affermato che l'uso di un parcheggio in un'area pubblica, derivante dall'occupazione del sito con la presenza di persona interessata, non assurge a diritto vero e proprio, neppure sotto il profilo della consuetudine normativa, sicchè la privazione di quel vantaggio per effetto dell'altrui comportamento non legittima alcuna reazione riconducibile all'esimente di cui all'art. 52 c.p., a meno che detto comportamento non fosse preordinato alla lesione di un vero e proprio diritto.

¹² ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, 2004, pag. 555, osserva come « è già pericolo attuale il “subito – prima”; dopo il corso dell'offesa (il “durante”), lo

Il pericolo, pertanto, deve costituire una situazione rischiosa in atto al momento dell'aggressione e deve protrarsi finchè l'azione dell'aggressore diretta a ledere il bene non si concluda¹³.

Non rileva, perciò, né un pericolo trascorso né un pericolo futuro, rimanendo estranea all'area di applicazione di tale scriminante ogni ipotesi di difesa preventiva od anticipata.

Ne consegue pertanto che, per la sussistenza della legittima difesa, non è sufficiente il fatto che il soggetto contro cui si reagisce abbia addosso un'arma al momento del fatto, ma è necessaria la prova che, usandola o minacciando di farne uso, si crei per la vittima una situazione di pericolo imminente, facendo sorgere in questi la ragionevole opinione di doversi difendere¹⁴.

Rientra nel novero di “pericolo attuale” anche il pericolo perdurante, che si concretizza nelle situazioni in cui, non essendosi ancora conclusa del tutto l'azione offensiva, non si è ancora completato il passaggio dalla situazione di pericolo a quella di danno effettivo.

2.3. Segue: ...e non volontariamente causato

Pur nel silenzio della norma, è ormai pacifico in dottrina e giurisprudenza considerare insito nel concetto di pericolo la sua non volontaria causazione da parte del soggetto che si avvale della legittima difesa. In tal caso, difatti, difetterebbero sia il requisito della necessità della difesa che dell'ingiustizia dell'offesa.

Ragion per cui la scriminante in esame non può ricorrere nel caso in cui si accetti una sfida o si prenda parte ad una rissa, essendo i partecipanti a quest'ultima mossi proprio da atteggiamenti di ostilità gli uni verso gli altri, concorrendo a realizzare un pericolo che avrebbero potuto benissimo evitare¹⁵.

In realtà, sul tema la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che la legittima difesa può eccezionalmente essere riconosciuta in caso di rissa solo qualora, sussistendo tutti gli altri requisiti previsti dalla legge, vi sia stata una reazione assolutamente

è ancora il “subito – dopo” l'offesa, se questa può essere ancora neutralizzata nei suoi effetti, o contenuta (ed impedito dunque il suo consolidamento) ».

¹³ Cfr. Cass. pen., 14 febbraio 2006, n. 15025; Cass. pen., 16 marzo 1987, n. 11482.

¹⁴ Cfr. Cass. pen., 27 gennaio 2010, n. 6591; Cass. pen., 28 gennaio 1991, n. 3494.

¹⁵ Cfr. Cass. pen., 14 febbraio 2006, n. 15025.

imprevedibile e sproporzionata, ossia un'offesa che, per essere diversa e più grave di quella accettata, si presenti del tutto nuova, autonoma ed in tal senso ingiusta¹⁶.

2.4. Segue: ingiustizia dell'offesa

L'offesa deve possedere poi il requisito dell'ingiustizia, cioè concretarsi *contra ius*, violando le norme giuridiche poste a tutela del bene aggredito.

Parte della dottrina si è spinta oltre, chiarendo che nel concetto di “ingiustizia” va ricompresa ogni situazione in cui l’aggressione non risulti espressamente facoltizzata dal nostro ordinamento¹⁷.

Non può, pertanto, avvalersi della legittima difesa colui che reagisce contro altri che, a sua volta, agisce nell'esercizio di una facoltà a lui riconosciuta dall'ordinamento o nell'adempimento di un dovere¹⁸.

Quanto alla reazione, deve apparire necessaria, cioè inevitabile. Essa quindi deve risultare, nelle circostanze della vicenda valutate *ex ante*, l'unica possibile, non sostituibile con altra meno dannosa ed egualmente idonea ad assicurare la tutela dell'aggredito¹⁹.

2.5. Segue: proporzione tra difesa ed offesa

L'ultimo requisito necessario per il configurarsi della suddetta scriminante è la proporzione tra difesa ed offesa, la quale peraltro costituisce il fulcro attorno a cui ruota la figura della legittima difesa.

E' stato, difatti, autorevolmente affermato che “*solo un fermo aggancio al limite etico-sociale della proporzione può salvaguardare la dignità della legittima difesa come diritto e non come violenza consentita ai buoni contro i cattivi*”²⁰.

L'introduzione di suddetta caratteristica è avvenuta in ragione dell'estensione dell'applicabilità della suddetta scriminante a tutti i beni giuridici, al precipuo fine di

¹⁶ Cfr. Cass. pen., 9 ottobre 2008, n. 4402 e Cass. pen., 23 febbraio 2007, n. 7635.

¹⁷ Si veda ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1994, pag. 271; e CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale. Il reato*, Milano, 1943, pag. 115.

¹⁸ GROSSO, *Op. cit.*, pag. 36.

¹⁹ Cfr. Cass. pen., 14 maggio 2008, n. 25653; Cass. pen., 29 settembre 2006, n. 32282; Cass. pen., 7 marzo 1996, n. 2554.

²⁰ PULITANO', *Diritto penale*, Torino, 2005, pag. 308.

evitare che, per difenderne alcuni di limitato valore, venissero compromessi beni giuridici di rango superiore (ad esempio, conducendo a scriminare il contadino che abbia sparato al bambino che rubava una mela del suo albero, uccidendolo).

Tale presupposto in passato è stato oggetto di un copioso ed acceso dibattito dottrinale.

Se, almeno inizialmente, si avallava la ricostruzione secondo cui la proporzione doveva intercorrere tra i mezzi di difesa a disposizione dell'agredito e quelli effettivamente utilizzati in concreto da quest'ultimo²¹, a seguito delle obiezioni sollevate nei confronti di tale ricostruzione²² si mutò prospettiva, accogliendosi l'orientamento che effettuava tale comparazione di proporzione tra i beni o interessi in conflitto.

E' stato efficacemente osservato come la proporzionalità non vada intesa quale “*matematica equivalenza tra offesa e difesa*”, quanto piuttosto come “*conveniente rapporto di equilibrio, determinato dalla considerazione di tutte le circostanze del caso concreto*”²³.

In altri termini, è necessario operare un bilanciamento tra il bene minacciato e quello leso, con la conseguenza che all'agredito che si difende non è consentito ledere un bene dell'aggressore superiore rispetto a quello posto inizialmente in pericolo²⁴.

Il che impone una valutazione su di un piano più squisitamente concreto, effettuata con un giudizio *ex ante*, sia fra i mezzi usati e quelli a disposizione dell'agredito che ai beni giuridici in conflitto.

²¹ Ne consegue, pertanto, che la legittima difesa può scriminare anche colui che reagendo finisce col provocare una offesa maggiore a quella paventatagli, purchè il mezzo utilizzato in quel frangente risultasse l'unico a sua disposizione: così Cass. pen., 6 dicembre 1968; MANZINI, *Trattato*, II, pag. 414.

²² Le suddette critiche consistevano, in primo luogo, nel rilevare come ricostruzione in analisi finisse per essere smentita dallo stesso dato letterale dell'art. 52, nella parte in cui viene espressamente previsto che il suddetto requisito debba intercorrere tra la difesa e l'offesa; inoltre, si osservava come l'aderire a tale orientamento avrebbe condotto all'irragionevole conclusione per cui, a fronte dell'aggressione di un bene di natura patrimoniale, l'agredito avrebbe potuto ledere un bene personale quale la vita.

²³ Così TONINELLO, *Op. cit.*, pag. 144.

²⁴ In senso critico, però, PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, pag. 444, il quale ritiene eccessivamente rigorosa tale ricostruzione, in quanto «*vi è di certo che non si può uccidere, né inferire una lesione personale grave, a chi aggredisce ingiustamente un bene patrimoniale (quando, s'intende, l'aggressione sia chiaramente limitata a quest'ultimo, e non comporti un pericolo anche per i beni personali: come nel caso di chi, rientrando di notte in casa, vi trovi un ladro*».

Nello specifico, se il conflitto intercorre tra beni omogenei si avrà riguardo al rispettivo grado di lesività di offesa e difesa; se, al contrario, si tratti di beni di diversa natura, dovrà privilegiarsi una serie di ulteriori indicatori (ad es. la tutela costituzionale del bene, l'entità della sanzione, l'eventuale incidenza di norme extrapenali, ecc.).

3. Profili di diritto comparato: la legittima difesa nel diritto comunitario.

Non può, in tale breve analisi, prescindersi da una – seppur veloce – analisi dell'enorme influenza svolta dal diritto comunitario sul nostro sistema penale ed, in particolare, in tema di legittima difesa, del ruolo di rilievo primario assunto dall'art. 2 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Tale norma tutela il diritto alla vita, quale diritto principale dell'essere umano, posto che di nessun altro diritto potrebbe godersi in sua assenza. Nello specifico, ciò che più rileva di tale disposizione è il secondo comma, nel quale viene sancito che *“la morte non si considera cagionata in violazione del presente articolo se è il risultato di un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario: a) per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale; b) per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta; c) per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione”*.

Originariamente la suddetta norma conteneva una clausola di salvezza per i casi di condanne a morte pronunciate da Tribunali per i reati puniti con la pena capitale, precisazione che ha, però, perso il suo originario significato quando, con il VI Protocollo addizionale del 1983, gli Stati membri della comunità europea hanno bandito la pena di morte dai loro ordinamenti penali .

A seguito della modifica di tale disposizione, se ne trae la logica conseguenza che gli Stati membri non potranno allora ammettere il sacrificio della vita umana al di fuori dei casi indicati.

È stato anche correttamente rilevato²⁵ come la C.E.D.U. configuri un accordo tra Stati e, pertanto, vincoli questi e non direttamente i loro cittadini²⁶, imponendo loro di realizzare un efficace sistema penale di protezione del diritto alla vita di ciascuna persona all'interno del loro territorio.

Essa, pertanto, pone in capo agli Stati membri una serie di obblighi di *facere*, dovendo questi anzitutto astenersi dal realizzare azioni che mettano in pericolo la vita

²⁵ Cfr. TONINELLO, *Op. cit.*, pag. 121, nota 138.

²⁶ Cfr. PLANTAMURA, *L'omicidio per legittima difesa (II parte)*, in *Archivio Penale*, n. 1/2015, pag. 4 ss..

umana, nonchè predisporre un sistema di effettiva salvaguardia della vita di coloro che sono posti sotto la loro giurisdizione anche contro pericoli provenienti da terzi²⁷.

4. Lo stretto legame tra la legittima difesa putativa e l'errore.

Tutto ciò premesso, può passarsi ad esaminare la peculiare figura della legittima difesa putativa, ed i suoi rapporti con la disciplina dell'errore, tematiche al centro della pronuncia in esame.

L'aggettivo "putativa" sottolinea come tale figura postuli i medesimi presupposti di quella reale, con la sola differenza che nella prima lo stato di pericolo attuale di offesa ingiusta non esiste realmente ma viene supposto dall'agente sulla base di un errore scusabile nell'apprezzamento dei fatti, determinato da una situazione obiettiva atta a far sorgere nel soggetto la convinzione di trovarsi in presenza del pericolo attuale di una offesa ingiusta²⁸.

Si ha legittima difesa reale, in altre parole, quando ricorre una situazione di fatto contenente effettivamente gli elementi costitutivi di tale causa di giustificazione. Qualora, invece, la situazione di fatto includa solo apparentemente tali elementi costitutivi, si avrà legittima difesa putativa, purchè la falsa rappresentazione della realtà sia dovuta ad un errore scusabile *ex art. 59, comma terzo, prima parte, c.p.*

Se invece risulti assente anche l'apparenza di taluno di tali elementi non sussisterà l'esimente in analisi. Essa, infatti, deve trovare giustificazione in qualche fatto che, sebbene malamente rappresentato o compreso, abbia la possibilità di determinare nell'agente la giustificata persuasione di trovarsi esposto al pericolo attuale di una offesa ingiusta.

Ne consegue, pertanto, che la legittima difesa putativa non può valutarsi alla luce di un criterio di natura meramente soggettiva, identificato nel solo timore, errore o stato d'animo dell'agente, dovendo invece considerarsi anche la situazione oggettiva

²⁷ Cfr. BESTAGNO, *Sub Art. 2*, in *Comm. Breve Cedu Bartole, De Sena, Zagrelbesky*, Padova, 2006, pagg. 36 ss., il quale osserva come « *la responsabilità di uno Stato contraente la Cedu per il verificarsi della morte di una persona causata da un atto di un privato discende propriamente dalla condotta dei propri organi: all'autorità statale si imputa non tanto l'omicidio in sé, quanto il fatto che, in presenza di un'oggettiva e conoscibile situazione di minaccia per la vita di un individuo, le autorità stesse non abbiano evitato e prevenuto il verificarsi dell'assassinio* ».

²⁸ Così Cass. pen., 4 aprile 2013, n. 22015, nella quale è stata esclusa la suddetta scriminante in capo ad un barista che aveva continuato a somministrare bevande alcoliche ad un cliente già evidentemente ubriaco per il timore di eventuali ritorsioni da parte di quest'ultimo.

che ha determinato il suddetto errore²⁹. L'allegazione da parte dell'imputato dell'erronea supposizione dell'esistenza della scriminante *de qua*, pertanto, non può basarsi unicamente su di un mero stato d'animo dell'agente, dovendo invece ancorarsi ad un fatto concreto, idoneo a giustificare l'erroneo convincimento di questi³⁰.

Tale errore ha efficacia esimente solo se scusabile, comportando la responsabilità di cui all'art. 59, ultimo comma, c.p., qualora sia determinato da colpa. La Corte di Cassazione ha più volte affermato che, al fine del riconoscimento della natura putativa della scriminante, è necessario che l'erroneo convincimento si basi su dati di fatto processualmente acclarati, tali da far insorgere nell'agente la ragionevole – benchè errata – supposizione di trovarsi in una situazione di pericolo attuale di un'offesa ingiusta³¹.

La giurisprudenza di legittimità ha spesso avuto modo di sottolineare come sia necessario che l'erroneo convincimento di essere vittima di una aggressione debba necessariamente fondarsi su riscontri obiettivi, così da integrare, dal punto di vista probatorio, almeno gli estremi del dubbio sull'elemento soggettivo, cui seguirebbe l'assoluzione *ex art. 530, comma 2, c.p.*³².

E' stato inoltre evidenziato che, affinché la legittima difesa putativa possa applicarsi ai diritti patrimoniali, deve necessariamente sussistere una proporzione tra il danno che l'agredito potrebbe subire ad opera dell'aggressore e la reazione posta in essere nei suoi confronti dall'agredito: il comportamento dell'agente deve costituire l'unico mezzo per impedire la lesione del diritto e non deve costituire l'occasione per porre in essere un'attività di ritorsione nei confronti dell'aggressore.

Anche in tale situazione potrà invocarsi l'esimente putativa *ex art. 54 comma 4 c.p.* poiché un soggetto, se reputa erroneamente di essere aggredito, può reagire contro il presunto aggressore cagionando un evento lesivo che – se la rappresentazione fosse stata reale – sarebbe stato scriminato dalla difesa legittima.

²⁹ Cfr. Cass. pen., 24 novembre 2009, n. 3464; Cass. pen., 6 dicembre 2005, n. 4337; Cass. pen., 28 aprile 1997, n. 3898.

³⁰ Cfr. Cass. pen., 2 settembre 2010, n. 40525.

³¹ Cfr. SARNO, *L'evoluzione della difesa legittima*, Giuffrè, pag. 48.

³² Così DE VERO, *Le scriminanti putative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pag. 792; nonché Cass. pen., sez. IV, 15 novembre 1990.

L'erroneo convincimento deve però basarsi su dati di fatto, anche precedenti all'azione, che, processualmente accertati, assumano una portata tale da indurre un ipotetico agente modello, di media avvedutezza, a credere di trovarsi esposto al pericolo attuale di una offesa ingiusta³³.

Alla luce di quanto ora esposto, nulla osta, pertanto, a riconoscere la legittima difesa putativa in capo ad un soggetto di natura particolarmente sensibile e timorosa, nonché addirittura infermo o seminfermo mentale.

Sul tema, la dottrina ha distinto il caso dell'errore condizionato da infermità mentale (caso classico è quello dell'individuo afflitto da manie di persecuzione che uccide un'altra persona nell'erronea convinzione di doversi difendere da una presunta aggressione perpetratagli da quest'ultimo) da quello dell'errore non condizionato da quest'ultima, indipendente, cioè da circostanze di fatto che avrebbero presumibilmente tratto in inganno anche un soggetto capace (si pensi, al esempio, al soggetto infermo di mente che si impossessa di un bene altrui simile al proprio)³⁴.

Rimane comunque pacifico il fatto che, in tali casi, rimane ferma la possibilità di applicare una misura di sicurezza qualora l'erronea supposizione della situazione scriminante sia stata condizionata dallo stato di infermità mentale³⁵.

5. L'eccesso colposo putativo.

Nella pronuncia in esame rilievo dirimente assume la figura dell'eccesso colposo, nonché i suoi rapporti con la legittima difesa putativa.

L'eccesso colposo si configura qualora sussistano i presupposti di fatto di una causa di giustificazione, ma l'agente per colpa ne travalichi i limiti.

La previsione di cui all'art. 55 c.p., infatti, disciplina quelle specifiche situazioni in cui, per colpa determinata da imprudenza, negligenza o imperizia, si superano i limiti oggettivi di una scriminante effettivamente esistente, poichè il comportamento dell'agente, fino ad un certo momento del suo svolgimento, è sorretto da una causa di

³³ Cfr. C. Ass. Milano, 24 maggio 2006, in cui, in un caso di omicidio e lesioni personali commessi dai proprietari di una gioielleria i quali, intervenuti separatamente dal retro del loro negozio dopo che due persone avevano infranto la vetrina e si stavano allontanando con la refurtiva, avevano esploso colpi d'arma da fuoco in direzione dell'auto su cui i due si trovavano, nell'erronea convinzione che essi fossero armati e stessero per sparare.

³⁴ Si veda SARNO, *Op. cit.*, pag. 52; MILITELLO, *L'errore del non imputabile fra esegesi, dogmatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, pag. 543.

³⁵ Cfr. GIOVAGNOLI, *Studi di diritto penale*, Giuffrè, 2008, pag. 800.

giustificazione realmente esistente, mentre successivamente è accompagnato dalla mera putatività di un elemento scriminante, di cui vengono travalicati i limiti³⁶.

Ciò che rileva, pertanto, è che la volontà dell'agente sia diretta a realizzare quel fine che nella situazione concreta giustifica il comportamento adottato, ma che, a causa di un errore sulla valutazione dei limiti concreti che la situazione impone, si configuri un evento sproporzionato rispetto a quello che sarebbe stato sufficiente realizzare³⁷.

In altri termini, nelle situazioni di eccesso doloso o colposo, sussistono i presupposti normativi della scriminante in questione, ma il soggetto agente adotta un comportamento che, da un certo momento in poi, non viene più coperto dalla esimente e, proprio in quanto non giustificato, risulta antiggiuridico³⁸.

Non si rientra tuttavia in tale figura qualora l'agente, essendo bene a conoscenza della situazione concreta e dei mezzi necessari per conseguire l'obiettivo, superi volontariamente i limiti dell'agire scriminato. In tal caso l'eccesso è doloso, perchè la volontà di costui è diretta a realizzare un fine criminoso, pertanto egli risponderà del reato realizzato a titolo doloso³⁹.

³⁶ Cfr. Cass. pen., 15 gennaio 1992.

³⁷ Come sottolineato da RONCONI, *Il fatto eccessivo colposo. I limiti di operatività: l'errore colposo su scriminante non esistente (art. 59, u.c., c.p.) e il fatto colposo giustificato*, in www.diritto.it, è interessante notare come, dal punto di vista storico, nel codice penale del 1889 l'eccesso venisse considerato « una mera circostanza attenuante senza che rilevassero, ai fini della sua applicabilità, i possibili coefficienti psicologici, lasciando pertanto al giudice la valutazione circa la gravità del reato a seconda che l'eccesso fosse dovuto a dolo o colpa, o alla prevelenza dell'uno o dell'altro elemento nell'ipotesi di contestuale concorso. I codici penali per l'esercito e la marina del 1869 prevedevano per il tempo di pace soltanto l'eccesso – sempre senza specificarne la causa - nella legittima difesa per insubordinazione [...] e nella esecuzione di ordini o consegne per i reati di omicidio, lesioni e percosse [...] ». È stata perciò proprio la mancata definizione espressa dell'ambito soggettivo di applicazione della norma a condurre ad una delimitazione della figura ai soli casi di eccesso dei limiti scriminanti dovuto a colpa. L'eccesso colposo, come oggi disciplinato, « può considerarsi un istituto penalistico senza veri e propri precedenti legislativi » (così SIRACUSANO, *Eccesso colposo*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, 1990, pagg. 180 ss.), tale da costituire « l'unica norma che si occupa specificamente dell'eccesso nelle scriminanti » (così ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, 1987, pag. 497).

³⁸ Così ROMANO, *Op. cit.*, pag. 543.

³⁹ La Relazione Ministeriale del 1929 sul progetto del codice penale chiarisce infatti che « l'avverbio “colposamente” [...] scolpisce il sistema, che può riassumersi così: fuori dell'ipotesi di colpa nell'eccesso, non trova applicazione l'articolo 55 [...]. Alla base dell'eccesso colposo vi sarebbe sempre, da parte dell'agente, un errore di valutazione della situazione che costituisce il presupposto delle cause di giustificazione ».

Nell'ambito della legittima difesa, per stabilire se nel commettere il fatto si siano ecceduti con colpa i limiti della suddetta scriminante, sarà necessario, una volta accertata l'inadeguatezza della reazione difensiva per l'eccesso nell'uso dei mezzi a disposizione dell'agredito in un preciso contesto spazio-temporale e personale, procedere ad una ulteriore differenziazione tra eccesso dovuto ad errore di valutazione ed eccesso colpevole e volontario, rientrando unicamente il primo nel disposto di cui all'art. 55 c.p.⁴⁰.

In proposito, è stato rilevato come nella legittima difesa l'eccesso colposo possa assumere la forma dell'eccesso intensivo (qualora superi la misura della necessità di difesa o proporzione), o di eccesso estensivo (se travalichi i limiti cronologici dell'attualità dell'offesa)⁴¹.

Per quanto concerne poi il caso concreto e l'ipotesi di legittima difesa putativa, da essa l'eccesso colposo si differenzia unicamente in ordine all'elemento dell'adeguatezza della reazione.

Se, pertanto, l'eccesso è volontario la responsabilità dolosa sussiste integralmente; se, al contrario, è involontario occorrerà esaminare se esso risulti assolutamente irrilevante in quanto non colpevole (configurandosi, in tal caso, la scriminante e di conseguenza l'esclusione della punibilità), ovvero dovuto a colpa (con conseguente responsabilità a tale titolo, che determina un errore di valutazione della situazione concreta e pertanto il superamento dei limiti imposti dalla necessità di autorizzare il comportamento consentito)⁴².

In altri termini, l'assenza dei presupposti della scriminante della legittima difesa – in particolare il bisogno di rimuovere il pericolo di una aggressione mediante una reazione proporzionata ed adeguata – impedisce di ravvisarvi l'eccesso colposo, che invece si caratterizza proprio per l'erronea valutazione del pericolo e della adeguatezza dei mezzi usati⁴³.

Tale è l'*iter* logico che, nel caso di specie, ha portato i Supremi Giudici a considerare che l'agente versasse in una ipotesi di legittima difesa putativa, con eccesso colposo nell'uso dei mezzi a disposizione per respingere il pericolo incombente.

⁴⁰ Cfr. Cass. pen., 13 dicembre 2001, n. 34137; Cass. pen., 29 settembre 2003, n. 37006; Cass. pen., 3 ottobre 1997, n. 8999.

⁴¹ ROMANO, *Commentario*, pag. 501.

⁴² Cfr. Cass. pen., 6 luglio 1988, n. 7834.

⁴³ Cfr. Cass. pen., 11 maggio 2010, n. 26172; Cass. pen., 6 dicembre 2005, n. 4337-

L'uomo, infatti, non versava in una situazione di impossibilità di scelta - nonostante l'erronea valutazione circa l'attualità del pericolo - , essendosi trovato in una posizione di vantaggio rispetto al rapinatore, sia in quanto armato, sia per aver approfittato di un brevissimo momento in cui questi, voltandogli le spalle, si stava allontanando, per sferrare il colpo mortale.

6. Considerazioni finali.

In conclusione di tale breve disamina, pare opportuno rammentare come spesso, in situazioni simili a quella su cui si è pronunciata la sentenza *de qua*, vi sia un ulteriore aspetto di primaria importanza che, però, troppo spesso finisce per essere trascurato o, comunque, non risulta ricevere una adeguata attenzione.

Da un punto di vista concreto, infatti, spesso si tende a dimenticare che la vittima di un rilevante delitto patrimoniale – tra cui, appunto, la rapina a mano armata – viene a trovarsi, prima di soccombere alla violenza dell'aggressore, in una situazione di panico e *shock* emotivo, che provoca una tempesta di emozioni difficilmente controllabili sul piano razionale.

Risulta, pertanto, molto difficile pretendere che al momento stesso dell'aggressione l'offeso ponga in essere un lucido giudizio di bilanciamento tra il valore dei beni in conflitto, poiché affermare ciò si tradurrebbe nel postulare un previo calcolo razionale che la vittima in quella situazione normalmente non è in grado di compiere.

In altri termini, come è stato acutamente osservato⁴⁴, un simile giudizio significherebbe trascurare il versante psicologico dell'agredito e, conseguentemente, erigere “una barriera insormontabile alla normale operatività della legittima difesa”, consegnando la norma alla “cavillosità di un giudizio a posteriori condotto in modo estraneo alla reale natura dei rapporti giuridici.

Le norme giuridiche acquistano, infatti, efficacia qualora poggino sulle solide basi dell'officina dell'esperienza e non semplicemente quando vengono immaginate in qualche asettico laboratorio scientifico”.

Pertanto, la riassegnazione di un significato realistico alla legittima difesa non appare secondaria e marginale se vista in un'ottica di recupero dei valori intrinseci di

⁴⁴ Così RONCO, “Difesa legittima o legittima offesa?” Diritto all'autotutela in un privato domicilio, legge 13 febbraio 2006, n. 59, Seminario di studio 21.04.2006, pagg. 9 ss., www.camerapenaleveneziana.it.



un diritto penale. Quest'ultimo, infatti, invoca ormai a gran voce una maggiore considerazione della vittima dell'aggressione, la quale spesso appare *“sempre più imbelle e impotente di fronte alla brutalità del delitto e alla sua onnipervadente capacità di inquinare i fondamenti della pace sociale”*⁴⁵.

⁴⁵ Cfr. RONCO, *Op.cit*, pagg. 15 ss.