

Dipartimento di

SCIENZE GIURIDICHE

Dottorato di Ricerca in criminologia, diritto e procedura penale

Ciclo XXIX

Curriculum in diritto penale

TITOLO TESI

Rimedi e prospettive giuridiche in favore delle vittime di violenza domestica che reagiscono contro il proprio carnefice

Cognome Materazzo Nome Federica

Matricola 787821

Tutore: Claudia Pecorella

Coordinatore: Margherita Ramajoli

ANNO ACCADEMICO / ACADEMIC YEAR

2016/2017

INDICE

Premessa	5
----------	---

CAPITOLO I:

la praticabilità della possibilità di configurare la legittima difesa in favore delle donne vittime di violenza domestica

0	Introduzione alla legittima difesa	16
1.1	Alla ricerca della ratio della legittima difesa: <i>focus</i> sulle principali teorie elaborate dalla dottrina	19
1.2	I riflessi delle opzioni ermeneutiche relative all'individuazione della <i>ratio</i> della legittima difesa sui requisiti della scriminante	27
1.3	Stato dell'arte in tema di interpretazione della legittima difesa: <i>focus</i> sui singoli requisiti	35
1.3a)	Il pericolo attuale di una offesa ingiusta ad un diritto proprio o altrui	36
1.3b)	L'interpretazione del requisito dell'attualità nei reati abituali	48
1.3c)	La reazione difensiva: le caratteristiche che la condotta dell'agredito deve possedere affinché si verifichi l'effetto scriminante	56
1.4	Attualità del pericolo e proporzionalità: due requisiti tra loro comunicanti?	64
1.5	La giurisprudenza italiana al banco di prova: l'ammissibilità della legittima difesa in favore delle donne vittime di maltrattamenti domestici	68
1.6	La struttura dell'articolo 52 c.p. consente effettivamente alle donne di invocare la legittima difesa?	73

CAPITOLO II:

La praticabilità della soluzione della legittima difesa putativa nell'ordinamento italiano, anche alla luce dell'esperienza dell'ordinamento Nord – Americano

2.1	La legittima difesa putativa: cenni e inquadramento normativo	79
2.2	La natura dell'esclusione dalla responsabilità penale prevista per le cause di giustificazione putative dal comma 4 dell'articolo 59 c.p.	85
2.3	Individuazione della base e del parametro di giudizio da impiegare per accertare lo stato di pericolo nell'ambito della scriminante putativa della legittima difesa	92
2.4	La giurisprudenza italiana sull'applicabilità della legittima difesa putativa ai casi di reazione contro il tiranno domestico	107
2.5	Le prospettive di riforma dell'articolo 59 comma 4 c.p. attualmente al vaglio del Parlamento	114
2.6	Cenni sull'istituto della legittima difesa nell'ordinamento angloamericano	119
2.7	La struttura della legittima difesa secondo il modello anglo-americano	124
2.8	La ragionevolezza dell'errore circa l'esistenza della <i>self-defense</i>: individuazione del metro di giudizio applicabile	126
2.9	<i>La Battered Woman Syndrome</i> e il suo utilizzo quale parametro per la dimostrazione della ragionevolezza della condotta tenuta dalle donne imputate dell'uccisione del loro carnefice	131
2.10	Aspetti critici connessi alla teoria della <i>Battered Woman Syndrome</i>	138

CAPITOLO III:

L'applicabilità dell'attenuante della provocazione e osservazioni conclusive

3.1	L'attenuante della provocazione: requisiti costitutivi e ambito di applicazione	147
3.2	Il nesso tra fatto ingiusto e reazione del provocato	154
3.3	Individuazione del fondamento dell'attenuante della provocazione	158
3.4	La c.d. reazione per accumulo	162
3.5	L'applicazione della provocazione alle donne imputate dell'uccisione del loro carnefice nella giurisprudenza italiana	167
3.6	Individuazione delle possibili soluzioni per la risoluzione dei casi che costituiscono l'obiettivo della presente ricerca: <i>de iure condendo</i>	177
3.7	Individuazione delle possibili soluzioni per la risoluzione dei casi che costituiscono l'obiettivo della presente ricerca: <i>de iure condito</i>	186

Introduzione

I dati raccolti dall'Istituto Nazionale di Statistica e presentati all'interno del rapporto relativo all'anno 2014¹ sulle violenze di cui sono vittime le donne, effettuato su mandato del Dipartimento delle Pari Opportunità del Governo presieduto da Matteo Renzi, sono un triste *leitmotiv* che raccontano come, a distanza di secoli, la condizione femminile, nonostante lotte, battaglie dei movimenti femministi, comizi e impegni politici, non abbia ancora subito quella svolta decisiva verso un reale e definitivo miglioramento².

A questo proposito si consideri come, ancora nel 2012, la *special reporter* ONU per “la violenza contro le donne, le sue cause e conseguenze” Rashida Manjoo, chiamata a relazionare in occasione della 20° sessione del Consiglio dei Diritti Umani presso la sede delle Nazioni Unite di Ginevra sulla situazione italiana e sul rapporto tematico annuale sugli omicidi basati sul genere, ha tratteggiato un quadro tutt'altro che confortante del nostro paese, puntando l'accento sul numero di violenze subite e non denunciate per paura di ritorsioni, per vergogna, o, semplicemente, per quello spirito di sopportazione che la società di stampo “maschilista” ha sempre inculcato nelle donne.³ Tuttavia, l'aspetto su cui si è focalizzata maggiormente l'attenzione della *special reporter* concerne la responsività dello Stato di fronte al fenomeno della violenza di genere, valutando gli strumenti e i rimedi da questo offerti nella lotta contro tale forma di discriminazione, concludendo nel senso che “*Femicidio e femminicidio sono crimini di Stato tollerati dalle pubbliche istituzioni per incapacità di prevenire,*

¹ La ricerca, finanziata dal Dipartimento delle pari opportunità, è stata svolta tra maggio e dicembre 2014 permettendo di aggiornare i dati relativi al fenomeno della violenza contro le donne tenendo conto della componente sommersa non rilevabile attraverso le denunce o altre fonti di dati sulla violenza.

² Per tutti valga l'esempio del 2 marzo 2017, quando al Parlamento Europeo il deputato polacco Janusz Korwin-Mikke aveva affermato: “*Giusto che le donne guadagnino meno - ha detto durante un dibattito sul gap di genere nei salari -, perché sono più deboli, più piccole e meno intelligenti*”, cfr. Ag. Ansa.

³ Cfr. relazione *special reporter* Rashida Manjoo, consultabile all'interno del c.d. “rapporto ombra”, elaborato dalla piattaforma “lavori in corso: 30 anni di CEDAW”, presentato a New York durante lo svolgimento del comitato Cedaw su cui si veda *infra* (“*Purtroppo, la maggioranza delle manifestazioni di violenza non sono denunciate perché vivono in un contesto culturale maschilista dove la violenza in casa non è sempre percepita come un crimine; dove le vittime sono economicamente dipendenti dai responsabili della violenza; e persiste la percezione che le risposte fornite dallo Stato non sono appropriate e di protezione*”).

proteggere e tutelare la vita delle donne, che vivono diverse forme di discriminazioni e di violenza durante la loro vita.”.

Quello rivolto dalla *special reporter* al nostro paese è dunque un monito a impegnarsi a fondo e ancor più efficacemente nella eliminazione di ogni forma di discriminazione fondata sul genere, predisponendo tutti gli strumenti che consentano di raggiungere tale obiettivo nel più breve tempo possibile⁴.

Nonostante l'Italia abbia compiuto numerosi passi in avanti verso la protezione delle donne⁵ e la lotta alla violenza di genere, tale monito è ancora lontano dal potersi dire

⁴ Cfr. relazione *special reporter* Rashida Manjoo: “*Plaudo alle azioni intraprese dal governo per far fronte al tema della violenza contro le donne, anche attraverso la promulgazione di normative come la legge sugli atti persecutori (stalking); l'elaborazione di piani d'azione nazionali sulla violenza contro le donne nonché su donne, pace e sicurezza; un Piano Nazionale per l'inclusione delle donne nel mercato del lavoro e la creazione e l'accorpamento di organismi governativi incaricati della promozione e protezione dei diritti delle donne. Tuttavia, le sfide sono ancora tante: tra queste, la piena ed effettiva partecipazione delle donne al settore del lavoro pubblico e privato e alla sfera politica. Il quadro politico e giuridico frammentario e la limitatezza delle risorse finanziarie per contrastare la violenza sulle donne, infatti, ostacolano un'efficace ottemperanza dell'Italia ai suoi obblighi internazionali.*”.

⁵ Con la Dichiarazione di Vienna del 25 giugno 1993, la violazione dei diritti fondamentali delle donne viene equiparata alla violazione di un diritto umano, prevedendo, al par. 18 della parte I che: “*I diritti umani delle donne sono un'inalienabile, integrale e indivisibile parte dei diritti umani universali. La completa ed uguale partecipazione delle donne nella vita politica, sociale ed economica a livello nazionale, regionale ed internazionale e lo sradicamento di tutte le forme di discriminazione in base al sesso sono l'obiettivo prioritario della comunità internazionale*”. Sul punto si segnalano anche i principi scolpiti dalla Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*) (CEDAW), nota anche come “Carta internazionale dei diritti per le donne”, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979 ed entrata in vigore il 3 settembre 1981, ratificata dal nostro paese il 10 giugno 1985, assieme al relativo Protocollo opzionale (29.10.2002). Tale convenzione rappresenta un vero e proprio accordo internazionale teso a rimuovere ogni forma di discriminazione tra uomini e donne, promuovendo il riconoscimento di diritti e strumenti di tutela in favore delle donne sempre maggiori. L'art. 1 della Convenzione definisce la discriminazione nei confronti delle donne (nella definizione deve ritenersi implicitamente inclusa la violenza basata sul genere, anche se non espressamente menzionata come fenomeno specifico, essendo in essa contenuti diversi articoli che trattano di fattispecie particolari di violenza) come “*qualsiasi distinzione, esclusione o restrizione fatta in base al sesso che ha lo scopo di limitare o annullare il godimento o l'esercizio da parte delle donne di diritti umani e libertà fondamentali in campo sociale, politico, culturale, civile o in qualsiasi altro campo*”. L'ultimo intervento in materia degno di nota è rappresentato dall'adozione da parte del Consiglio d'Europa del Trattato del 27.09.2012, anche noto come della Convenzione di Istanbul con cui, in considerazione della gravità del fenomeno che non accenna a diminuire, sono stati individuati alcuni strumenti di prevenzione e di contrasto alla violenza di genere. Tale trattato, ratificato con la l. 77/2013, è stato in parte recepito all'interno del nostro ordinamento con il d.l. 93/2003, poi convertito nella legge n. 119/2013, nonostante non si faccia espresso riferimento ad esso nell'incipit della normativa. Per un commento a caldo sulle principali modifiche introdotte con la novella *de qua*, con cui sono state introdotte alcune nuove disposizioni, sia di carattere

soddisfatto, anche per la necessità, non di poco conto, di dover riscrivere pagine e pagine di storia nel corso delle quali la donna è stata subordinata all'uomo e ignorata anche da ampi settori del diritto.

Per risalire alla “cattiva fama” di cui la donna ha goduto e continua a godere rispetto al suo omologo maschile e per comprendere quanto, a partire dal filosofo stagirita Aristotele⁶, la sua figura di archetipo negativo si sia radicalizzata nella società contemporanea, valga l'esempio dell'etimologia erronea che venne attribuita alla parola “femmina” all'interno del *Malleus Maleficarum*⁷, uno dei libri più aberranti mai scritti

sostanziale che procedurale, si rimanda a L. PISTORELLI, *Prime note sulla legge di conversione, con modificazioni, del d.l. n. 93 del 2013, in materia tra l'altro di "violenza di genere" e di reati che coinvolgono minori*, relazione a cura dell'Ufficio del massimario della Corte di Cassazione, pubblicata su www.penalecontemporaneo.it il 18.10.2013. Gli interventi riformatori maggiormente rilevanti e che hanno suscitato maggiore discussione sono senza dubbio quelli appartenenti al versante processuale; in particolare, si segnala la introduzione della possibilità di rimettere solo processualmente la querela per il delitto di cui all'articolo 612 bis c.p. e l'introduzione di un ulteriore caso, sempre relativo a tale delitto, di irrevocabilità della querela (fatto commesso con minaccia reiterata), su cui si rimanda integralmente a su cui si rinvia, per un maggiore approfondimento della questione, a C. Pecorella, *Sicurezza vs libertà? La risposta penale alle violenze sulle donne nel difficile equilibrio tra istanze repressive e interessi della vittima*, pubblicato su www.penalecontemporaneo.it il 5.10.2016. Si segnala, inoltre, la introduzione di un'ulteriore misura precautelare nel corpo del codice di procedura penale, ovvero l'allontanamento di urgenza dalla casa familiare (art. 384 bis), unitamente alla previsione dell'obbligo per il questore (mentre prima si trattava di aspetto rimesso alla discrezionalità di quest'ultimo) di adottare provvedimenti in materia di armi nell'ambito della procedura di ammonimento di cui all'art. 8 del d.l. 11/2009. Da ultimo, è stato previsto l'obbligo, a pena di inammissibilità, di notificare la richiesta di revoca della misura cautelare o di sostituzione con una meno afflittiva alla pp.oo. attinta da un delitto commesso con violenza alla persona, tra cui rientrano, oltre alla violenza sessuale e ai maltrattamenti in famiglia, anche lo *stalking*; nel caso si proceda per il reato di maltrattamenti in famiglia, si è introdotto l'ulteriore obbligo di procedere alla notifica sia dell'avviso di conclusione delle indagini ai sensi dell'articolo 415 bis c.p.p. sia della richiesta di archiviazione ai sensi dell'articolo 408 c.p.p. anche alla persona offesa che non ne abbia fatto espressa richiesta, estendendo a 20 giorni il termine entro il quale proporre opposizione. Fra i principali interventi che hanno, invece, inciso sulla materia del diritto penale sostanziale, si segnala l'inasprimento sanzionatorio dei delitti di maltrattamenti in famiglia, violenza sessuale e atti persecutori, attraverso la configurazione di apposite aggravanti per i casi in cui le condotte violente vengano poste in essere alla presenza e nei confronti di soggetti particolarmente vulnerabili.

⁶ Secondo il filosofo, diventato poi modello di riferimento del Cristianesimo, la donna svolge un ruolo prettamente passivo nella società a causa di una sua diversità di fondo che si manifesta a partire dal suo ruolo svolto all'interno del concepimento, ove lo spirito creatore è identificato con lo sperma e non con l'ovocita. Ne deriva una dicotomia “essenzialista” che si percuoterà in maniera decisiva sul pensiero occidentale per il motivo di cui sopra, sebbene nel Cristianesimo la donna, prima a vedere la Resurrezione del Cristo, ha, in origine un ruolo salvifico fondamentale. Per una visione più chiara si legga: A. PIOLA, *Donna e sacerdozio: Indagine storico-teologica degli aspetti antropologici.*, Effatà 2006

⁷ È il più noto dei tre principali trattati pubblicati sulla questione alla fine del XV secolo quando il fenomeno della stregoneria fu avvicinato al satanismo. Autori del testo, scritto in latino, furono due frati

nella storia del mondo civilizzato nel 1487 (quindi pochi anni prima dell'avvento dell'era moderna), in cui gli autori descrivevano metodologie e tecniche di indagine per smascherare le streghe, in un momento chiave della lotta al paganesimo, mentre già fremeva il germe della Riforma Luterana⁸.

Secondo gli autori il termine derivava dalla crasi tra i termini latini *Fe* = *fedè, e *Minus* = *meno, ovvero “Coei che ha meno fedè”, quindi maggiormente soggetta agli inganni del demonio, di conseguenza moralmente inferiore.

Seppur meno imperniata di valenza negativa, non è da meno la traduzione biblica che, in Genesi 1, 26 – 28, traslittera l'ebraico “*ish'h*” (da contrapporre al maschile *ish*, uomo) con “femmina”, “coei che allatta”, e non con “donna”⁹ marginalizzandone, di fatto, la figura all'interno dell'ambiente familiare, dove, paradossalmente, è stata ed è esposta tutt'ora al rischio più alto di violenza e aggressioni. Dopo questa breve premessa sull'etimologia vanno immediatamente sdoganate delle “verità” date, erroneamente, per certe.

In primo luogo, la credenza secondo la quale atteggiamenti lesivi siano prerogativa di ambienti degradati, dove il livello socio culturale è inferiore rispetto alla media nazionale (come non esiste alcun legame territoriale¹⁰). E' stato, infatti, evidenziato dalla citata ricerca condotta dall'ISTAT come il fenomeno pervada capillarmente la società, investendo tutte le fasce sociali, risultando più difficile da fare emergere e debellare nei ceti più elevati, in cui è maggiore la vergogna per le vessazioni subite e la riluttanza a rivolgersi ai servizi socio-sanitari pubblici¹¹.

In secondo luogo, il *fil rouge* che legherebbe in maniera inscindibile le donne straniere alla violenza domestica. Dagli studi condotti, la differenza percentuale tra donne italiane

domenicani Jacob Sprenger e Heinrich Instor Kramer. Cfr. F. TRONCARELLI, *Le streghe*, Newton Compton 1992 (seconda ed.)

⁸ Cfr. T. Bernardi *Le donne al tempo della Riforma*, in EncycloMedia on line, Storia della Civiltà Europea (diretta da U. Eco)

⁹ L'etimologia della parola Donna, si riallaccia alla forma sincopata *dōmna* del latino *domīna* (femminile di *dominus*) = signora, padrona, mentre Femmina, al latino *fēmīna*, dalla radice sanscrita *dha-*, successivamente in greco *tha-* ed in latino *f-* che rimanda all'idea di allattare, per cui femmina è coei che allatta

¹⁰ Non emergono particolari differenze a livello territoriale; tuttavia le violenze fisiche o sessuali sono più diffuse al Centro (12,6%) e al Sud (12,3%), mentre il minimo è riscontrabile nelle Isole (9%). Le violenze sessuali sembrano essere più frequenti al Sud, quelle fisiche al Centro Italia. Cfr. Rapporto Istat 2015, cit.

¹¹ Cfr. TOVANI-TRINCI (a cura di), *Lo stalking*, Dike, 2009, p. 10.

vittime di violenza e donne straniere presenti nel Paese è minima, con la forbice che si allarga leggermente sugli stupri - nel dettaglio 31,3% contro il 31,5% -, di cui risultano essere maggiormente vittime le straniere rispetto alle italiane.¹²

In ultimo, la credenza che la violenza domestica sia quella di tipo fisico¹³ tenendo in scarsa considerazione quella psicologica, quella economica ed, infine, quella assistita¹⁴. Quest'ultima forma, caratterizzata dalla presenza di un'altra persona sul luogo in cui viene consumata la violenza è stata indagata solo di recente, a seguito della scoperta degli effetti che comporta nel lungo periodo: come il disturbo da depersonalizzazione/derealizzazione¹⁵.

¹² Cfr. rapp. Istat cit.

¹³ Anche il legislatore italiano ha riconosciuto questa molteplicità di forme con cui può manifestarsi la violenza all'interno delle relazioni domestiche, introducendo nel corpo del d.l. 93/2013, mediaticamente noto come il d.l. sul femminicidio, una apposita definizione del complesso fenomeno della violenza domestica che così recita: *"più atti, gravi ovvero non episodici, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra persone legate, attualmente o in passato, da un vincolo di matrimonio o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima"* (Cfr. art.3 comma 5 DL 14 agosto 2013, conv. in L.15 ottobre 2013, n. 119). La definizione in analisi, come rileva MERLI, *Violenza di genere e femminicidio*, in www.dirittopenalecomtemporaneo.it, fasc. 1/2015, costituisce il recepimento da parte del nostro ordinamento di quelli che sono gli approdi raggiunti in ambito internazionale sul tema della violenza domestica; nello specifico, si tratterebbe di una vera e propria traslitterazione della definizione contenuta nell'art. 3 lett. b) della Convenzione di Insatnbul, seppur con due differenze di non poco conto : gli atti di violenza non devono essere sporadici, ma ripetuti nel tempo e, inoltre, rilevano non solo se posti in essere dal partner, ma da chiunque sia legato alla vittima da vincoli sentimentali

¹⁴ Nel novero della violenza psicologica rientrano: intimidazioni, minacce, rimproveri particolarmente veementi e per futili motivi. In quella economica (spesso nemmeno riconosciuta come violenza): tutti quei comportamenti volti a impedire che il familiare diventi economicamente indipendente, in modo da poter esercitare su di lui un controllo indiretto ma incisivo. Sul punto cfr. TOVANI-TRINCI (a cura di), *Lo stalking*, Dike, 2009, p. 10.

¹⁵ "Esperienze traumatiche infantili come l'abuso sessuale, fisico o emotivo possono causare la presenza di esperienze di depersonalizzazione e/o derealizzazione nell'adulto. Il quadro sintomatologico è caratterizzato dalla presenza di frequenti "disgregazioni e interruzioni" del senso di sé e del mondo circostante. Spesso ciò è fonte di spavento e preoccupazione per gli individui che, a lungo andare, si rendono conto di perdere sempre più il controllo della loro vita e iniziano a presentare alti livelli di ansia (sviluppano anche attacchi di panico), depressione, problemi nell'ambito sociale e comportamenti disfunzionali". R.G. SACCO. *The Development of the Sense of Self in Adolescence and Early Adulthood: Implications for Understanding Depersonalization/Derealization Disorder*, in *Journal of Social and Cognitive Psychology*, 2, 2011

Sebbene le violenze domestiche non abbiano un minimo comun denominatore¹⁶, nella grandissima maggioranza dei casi, responsabili di comportamenti lesivi in danno delle donne risultano essere partner o ex partner autori di attacchi sempre peggiori.

Se da una parte sono diminuite le violenze fisiche, dall'altro è infatti aumentata la gravità: meno attacchi ma più devastanti, capaci di terrorizzare e lasciare danni permanenti. Quelli che hanno causato ferite di una certa gravità sono passati dal 26,3% al 40,2% mentre il numero di donne che ha temuto per la propria vita è passato dal 18,8% del 2006 al 34,5% del 2014. Terrore ripetuto e tale da evocare reazioni letali.

Proprio sui casi in cui la donna vessata, dopo aver subito per anni i più biechi soprusi da parte del proprio convivente, si ribella ad esso, ferendolo mortalmente, si concentra l'attenzione del presente lavoro, con l'obiettivo, in primo luogo, di individuare quale sia il trattamento giuridico che l'ordinamento le riserva e, secondariamente, di verificare se esso corrisponda o meno alle esigenze di giustizia sostanziale, nell'ottica, sia *de iure condito* che *de iure condendo*, di formulare eventuali proposte migliorative.

In particolare, nel corso del primo capitolo si cercherà, sia pur brevemente, di tratteggiare i caratteri tradizionali della legittima difesa, con particolare riferimento ai requisiti della necessità e dell'attualità del pericolo. Tuttavia ciò avverrà solo dopo aver illustrato le diverse teorie che si contendono il campo nell'individuare il fondamento della causa di giustificazione, atteso che la sua ratio *essendi* influisce a cascata sul modo

¹⁶ Recentemente, anche a livello mediatico (cfr. *Non solo vittime di violenza, in Italia 4 milioni di uomini molestati* <http://www.adnkronos.com/fatti/cronaca/2016/07/03/>), l'attenzione si sta spostando anche verso il fenomeno opposto, ovvero quello della violenza subita dagli uomini per mano femminile. Secondo uno studio recentemente condotto dall'AdnKronos basandosi sui principali studi di settore, emergerebbe il dato sconcertante che circa 3,8 milioni di uomini italiani avrebbe subito condotte maltrattanti da parte delle donne di casa. Anzi, secondo detto studio, un'indagine condotta nel 2014 sui giovani adulti dimostrerebbe come i ragazzi di sesso maschile abbiano subito in numero maggiore episodi di violenza rispetto alle coetanee di sesso femminile (39% rispetto al 35%); si tratterebbe, dunque, non solo di un fenomeno ampiamente sottovalutato, ma anche sconosciuto ai più per delle evidenti ragioni socio-culturali (connesse alla vergogna che generalmente si prova nell'ammettere a sé stessi e alla società di essere vittima di maltrattamenti femminili) che impediscono di farlo emergere. I dati riportati sembrerebbero confermati anche dall'*American psychological association*, secondo cui 4 giovani su 10 sarebbero stati costretti (nel 31% di casi mediante minaccia verbale, nel 18% con violenza fisica e nel 7% attraverso la somministrazione di droghe) ad intrattenere rapporti sessuali con le loro coetanee. La causa che spiegherebbe la ragione per la quale questi uomini subiscono violenza senza ribellarsi andrebbe ricercata, sempre stando allo studio in questione, in una condizione di dipendenza affettiva ed emotiva dalla partner, dipendenza che si acuisce in presenza di figli nati dalla coppia.

di concepire e intendere i citati elementi e pertanto, rappresenta un momento ineliminabile dell'attività di ricerca.

Una volta tratteggiata la struttura fondamentale dell'articolo 52 c.p., verranno posti in evidenza i limiti insiti sia nell'ottica con cui il legislatore ha guardato alla scriminante in esame sia nell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza.

La norma sulla legittima difesa, come è stato evidenziato da autorevoli esponenti della dottrina, risulta pensata e calibrata su un modello di scontro che coinvolge esclusivamente persone di sesso maschile che si trovano per la prima volta a fronteggiarsi l'un l'altro, in posizione di assoluta parità (duello) o, ancora, sul c.d. paradigma del *fur nocturnus*, in cui, cioè, un individuo s'introduce furtivamente nottetempo nell'altrui domicilio, violandone la sacralità, al fine di appropriarsi dei beni ivi contenuti.

È, infatti, proprio alla luce della descritta tipologia di conflitti che la dottrina e la giurisprudenza, più o meno consapevolmente, interpretano i requisiti strutturali della legittima difesa: la necessità (della reazione difensiva) viene intesa come assoluta mancanza di alternative rispetto alla condotta delittuosa, mentre l'attualità del pericolo come sinonimo di offesa imminente, in cui è già in corso il fattore eziologico che con ogni probabilità condurrà alla sua verifica oppure ad un inasprimento della sua gravità.

Con specifico riferimento al requisito dell'attualità, si vedrà come esso sia inteso in termini particolarmente rigorosi anche nell'ipotesi in cui la reazione difensiva si diriga contro una condotta qualificabile come abituale, come appunto i maltrattamenti in famiglia, atteso che l'opinione assolutamente prevalente, tanto in dottrina che in giurisprudenza, esclude che l'art. 52 c.p. trovi applicazione tutte le volte in cui la reazione difensiva sia avvenuta sfruttando i periodi di pausa tra un episodio criminoso e l'altro.

Nel condurre tale indagine verranno analizzate le sentenze (per la verità poche) in cui i giudici nazionali hanno affrontato la tematica che qui interessa assolvendo l'imputata per legittima difesa, evidenziando se l'apparato motivazionale che le sorregge è effettivamente conciliabile con la struttura e la *ratio* dell'art. 52 c.p. o se, invece, le decisioni adottate non appaiano più che altro come una forzatura rispetto al sistema,

sull'onda di una "sete" di giustizia sostanziale che si vuole a tutti i costi far trionfare nel caso concreto.

All'esito di questa prima parte dell'indagine verrà messo in evidenza come tale modo di concepire i requisiti che compongono la legittima difesa renda di fatto quasi impossibile per le donne accedere alla scriminante, dal momento che esse, per le ovvie disparità di forza e di costituzione fisica rispetto agli uomini, non sono in grado di fronteggiare il pericolo nel momento stesso in cui si profila o sta per profilarsi. Non è, infatti, una coincidenza se, nella maggior parte di casi che vedono contrapposte le vittime di violenza domestica ai loro carnefici, la reazione difensiva avviene non già durante uno scontro o una colluttazione, ma durante il sonno del tiranno o in un qualsiasi altro momento in cui questi non può rappresentare una seria minaccia, facendo così apparire, come è stato rimarcato da acuta dottrina, la loro condotta come una vendetta.

Nel secondo capitolo dell'elaborato, verrà, invece, analizzata la possibilità di inquadrare la condotta tenuta della donna maltrattata entro il perimetro della legittima difesa putativa.

Verrà, in primo luogo, fornito un conciso inquadramento della norma in analisi, con particolare riferimento alla *querelle*, non ancora sopita, circa l'effettiva natura della responsabilità penale che residua nei casi di errore colposo sull'esistenza della situazione scriminante.

Successivamente, verrà dedicato particolare spazio all'individuazione del parametro alla stregua del quale valutare se l'erroneo convincimento di aver agito in presenza di una causa di giustificazione sia - come prescritto dalla giurisprudenza e dalla dottrina maggioritarie - ragionevole o meno. Verranno, in particolare, passati in rassegna i diversi orientamenti elaborati sul punto, i quali oscillano, sia pur con delle posizioni intermedie maggiormente sfumate, tra un polo oggettivo ed uno soggettivo.

Nel primo caso, il modello adottato per valutare la ragionevolezza dell'errore è quello dell'uomo medio, totalmente impermeabile alle caratteristiche personali dell'agente che porterebbero alla formulazione di un giudizio maggiormente individualizzato.

E' di tutta evidenza che facendo applicazione di tale modello la situazione della donna maltrattata non potrà mai rilevare ai fini della scriminante putativa, atteso che agli occhi

dell'uomo medio non potrà mai apparire ragionevole ravvisare una minaccia attuale in un individuo immerso nel sonno o reso altrimenti innocuo.

Al contrario, nel caso in cui, al fine di stemperare l'eccessiva rigidità e asetticità del giudizio di ragionevolezza, venga utilizzato un parametro soggettivo calibrato su alcune caratteristiche individuali del soggetto agente, l'esperienza della donna maltrattata potrebbe acquistare una certa rilevanza ed aprire così alla configurabilità della legittima difesa putativa.

Avendo così individuato un possibile spiraglio per portare l'esperienza delle donne maltrattate all'interno dell'ordinamento penale, senza, al contempo, porsi in rotta di collisione con i suoi principi fondanti, a questo punto della trattazione verranno presi in considerazione gli ordinamenti di *common-law*, in particolare a quelli afferenti l'area geografica del Nord America, dove l'attenzione e la sensibilità per le tematiche di genere è stata molto maggiore che nel nostro paese e dove sono state elaborate delle vere e proprie teorie che hanno cercato di dare voce e soluzione al problema della violenza domestica.

La lettura di tali decisioni, unitamente alla ricca e vasta elaborazione dottrinale che le ha accompagnate, ha fornito numerosi e preziosi spunti per la presente ricerca, in considerazione della sostanziale affinità degli elementi strutturali della *self-defense* rispetto alla legittima difesa putativa che ne ha reso proficua (oltre che ammissibile da un punto di vista metodologico) la comparazione.

Ci si riferisce, in particolare, all'utilizzo della c.d. *battered woman syndrome* (BWS) quale parametro interposto per la valutazione in ordine alla ragionevolezza della condotta tenuta dalle donne imputate dell'uccisione del *partner* maltrattante.

Tali tesi, nata dagli studi condotti dalla psicologa canadese Leonore Walker sul finire degli anni '70, è stata, infatti, invocata massicciamente dagli avvocati delle imputate a partire dagli anni '80, al fine di ottenere un verdetto assolutorio o comunque più mite per le loro assistite e ripresa da parte della dottrina (in prevalenza) statunitense per dimostrare il carattere sessista della legislazione di *common law* che, di fatto, impediva la piena eguaglianza, dinnanzi alla legge, tra uomini e donne.

L'obiettivo che attraverso l'impiego BWS viene perseguito è duplice: per un verso, si intende dare visibilità ad un fenomeno che è stato da sempre confinato entro le mura

domestiche e considerato una faccenda privata; per l'altro verso, si vuole offrire a giudici e giurati, in particolare attraverso il sapere introdotto nelle aule di giustizia dal c.d. *expert testimony* (figura che, come meglio si vedrà nel prosieguo, può essere accostata a quella del perito/consulente tecnico), degli strumenti che li pongano nelle condizioni di interpretare i requisiti tipici della legittima difesa in un'ottica non discriminatoria per le donne e che tenga conto delle peculiarità del loro modo di percepire ed affrontare il pericolo.

Dopo aver illustrato il contenuto delle tesi sostenute dalla Walker, si procederà ad illustrare le contraddizioni e limiti che esse presentano, soprattutto alla luce della mutata sensibilità in ordine ai requisiti di cui devono essere dotate le teorie che fanno ingresso all'interno del processo penale, *in primis* quello della verificabilità, sì da avere un quadro completo circa i *pro* e i *contro* di tali tesi.

Nel terzo ed ultimo capitolo, verrà infine presa in considerazione l'applicabilità della circostanza attenuante della provocazione nei casi di uccisione del tiranno domestico.

Anche in questo caso, la prima parte del capitolo sarà dedicata all'esposizione degli elementi strutturali dell'attenuante, con un'attenzione particolare per la c.d. reazione per accumulo, in cui cioè, la reazione irata non avviene immediatamente dopo la percezione del fatto ingiusto altrui, ma dopo un certo periodo di tempo ed in presenza di un accadimento che funge da "miccia", richiamando alla mente tutti i pregressi episodi qualificabili come fatto ingiusto. Seguirà, l'esposizione della casistica giudiziaria in materia, soffermandosi su alcune delle sentenze che hanno concesso la diminuzione di pena ex art. 62 c.p. in favore delle donne imputate per l'uccisione del tiranno domestico. A questo proposito verrà sottolineato un atteggiamento di maggiore apertura e disinvoltura da parte dei giudici nell'applicare la diminuzione in parola, atteso il minor impatto che ne deriva nella determinazione della responsabilità penale dell'imputata.

Negli ultimi paragrafi del capitolo si cercherà di tirare le fila di quanto emerso nel corso della ricerca e, sulla scorta di tali risultati, individuare una proposta per la risoluzione del tema oggetto del presente studio, con la speranza che ciò possa rappresentare un piccolo contributo per portare l'attenzione su una questione complessa qual è la violenza domestica.

Capitolo I:

la praticabilità della possibilità di configurare la legittima difesa in favore delle donne vittime di violenza domestica.

0. Introduzione alla legittima difesa - 1.1 Alla ricerca della ratio della legittima difesa: *focus* sulle principali teorie elaborate dalla dottrina - 1.2 I riflessi delle opzioni ermeneutiche relative all'individuazione della *ratio* della legittima difesa sui requisiti della scriminante - 1.3 Stato dell'arte in tema di interpretazione della legittima difesa: *focus* sui singoli requisiti - 1.3a) Il pericolo attuale di una offesa ingiusta ad un diritto proprio o altrui - 1.3b) Interpretazione del requisito dell'attualità nei reati abituali - 1.3c) La reazione difensiva: le caratteristiche che la condotta dell'agredito deve possedere affinché si verifichi l'effetto scriminante - 1.4 Attualità del pericolo e proporzionalità: due requisiti tra loro comunicanti? - 1.5 La giurisprudenza italiana al banco di prova: l'ammissibilità della legittima difesa in favore delle donne vittime di maltrattamenti domestici - 1.6 La struttura dell'articolo 52 c.p. consente effettivamente alle donne di invocare la legittima difesa?

0 Introduzione alla legittima difesa.

Nelle prime settimane di marzo 2017, il dialogo sulla legittima difesa si era riaperto in maniera furente. Occasione per far scattare la miccia era stato il caso di un ristoratore di Lodi Mario Cattaneo. L'uomo, di 67 anni, a quanto si apprendeva dalle notizie fatte trapelare dai mass media e dalle forze dell'ordine impegnate a fare piena luce sul caso, aveva sorpreso quattro ladri all'interno del suo esercizio, un bar ristorante nel centro città, intorno alle 4 del mattino mentre cercavano di rubare della merce di tabaccheria. Cattaneo, dopo una breve colluttazione, aveva imbracciato il fucile e fatto fuoco sembra, per due volte, ferendo in maniera mortale alla schiena uno dei malviventi che, come dimostra chiaramente la dinamica, spaventato dal fatto di essere stato scoperto, stava tentando di darsi alla fuga. Trascinato per circa 200 metri dai complici era deceduto poco dopo. Nei giorni immediatamente successivi il ristoratore mostrò alle telecamere dei più importanti network televisivi la lesione causata sul braccio dal bandito e, pur testimoniando ripetutamente come il colpo fosse partito accidentalmente nel corso della colluttazione, era stato denunciato a piede libero per omicidio volontario¹⁷. Immediatamente aveva raccolto la solidarietà del paese che si era schierato al suo fianco, mentre la famiglia della vittima invocava giustizia.

Gli schieramenti politici entrarono nel dibattito in maniera quasi unilaterale, in un momento storico dilaniato dalla piaga del terrorismo, dove la paura giocava e continua a giocare un ruolo di primo piano nelle scelte e nei comportamenti della cittadinanza.

Il leader di uno degli schieramenti di opposizione, Silvio Berlusconi, si schierò apertamente dalla parte di Cattaneo pur senza nominarlo. Posizione meno netta invece quella del Ministro di Grazia e Giustizia del governo guidato da Paolo Gentiloni, il democratico Andrea Orlando che affermò:

“Dobbiamo capire se l'ipotesi della legittima difesa come prevista dall'ordinamento è adeguata a certe circostanze. Ma con la giustizia 'fai da te' lo Stato si delegittima e questo non è un bene. La sicurezza non può essere delegata ai privati. Negli Stati Uniti, dove è passata l'idea che ci si possa fare giustizia da soli, c'è un tasso di omicidi molto alto”.

¹⁷ Nel momento in cui è iniziata la stesura di questo lavoro le indagini sul caso di Mario Cattaneo era ancora a uno stato embrionale. Il lettore perdonerà la pochezza di dettagli in proposito.

Una frase che invita alla riflessione e che, implicitamente, sembra chiedere una riforma dell'articolo 52 del codice penale. Una riforma che si rende ancora più impellente dopo la lettura di un dato fornito dall'Eurispes¹⁸, secondo il quale la percezione di insicurezza dei cittadini ha raggiunto un livello di allarme non più ignorabile. Nel rapporto si legge come il 41,3% degli italiani, se messo in una situazione di pericolo, prenderebbe seriamente in considerazione l'ipotesi di fare ricorso alle armi per difendersi, mentre il 22% non si porrebbe nemmeno il problema. Cosa ancor più preoccupante, il 42,6% degli intervistati ritiene non meritevole di punizione un uomo che reagisca all'offesa uccidendo (non necessariamente all'interno della propria abitazione, ma anche sul posto di lavoro o in casa di terzi), contro un 48,4% che sostiene la soluzione opposta, qualora risulti che la difesa non sia stata proporzionata all'offesa ricevuta.

Per capire in quali termini si ponga la questione della legittima difesa, è utile riportare le parole del magistrato Carlo Nordio che, nella prefazione su saggio dedicato all'Evoluzione della legittima difesa¹⁹, così sintetizza l'essenza della scriminante in questione, ponendo in luce il contrasto tra due contrapposte esigenze che albergano, in maniera più o meno pacifica, al suo interno: “ *Lo statuto della legittima difesa è fondato sui limiti imposti dall'ordinamento all'esercizio di un diritto individuale nel momento in cui il secondo interferisce, sino a configgere, con le prerogative del primo. Attribuendosi il monopolio della garanzia dell'incolumità, lo Stato vieta al cittadino lo spiegamento dell'autotutela. Nondimeno, in casi eccezionali, ne consente un contenuto esercizio, confinato tra il canone dell'attualità del pericolo e quello della reazione proporzionata. Questi due requisiti sono rispondenti alla logica della convivenza civile e al buon senso dell'opportunità politica; come tali, sono fondamentalmente accettati e condivisi da tutti gli ordinamenti moderni: una reazione postuma sarebbe vendetta ed una sproporzionata sarebbe un sopruso* ”.

Come emerge dalla lettura di queste parole, il terreno tipico in cui si muove la legittima difesa e, prima ancora, tutte le cause di giustificazione, è rappresentato da una situazione di conflitto, oltre che sostanziale, ovvero relativa ai diversi interessi che

¹⁸ Il sondaggio citato è stato effettuato nel mese di Gennaio 2017, quindi prima del caso Cattaneo e della seguente e prevedibile ondata emotiva. Un dato quindi, che ben fotografa la paura della cittadinanza e lo scarso senso di sicurezza che in questo momento lo Stato riesce a trasmettere.

¹⁹ F. e M. SARNO, *L'evoluzione della legittima difesa*, Giuffrè, 2008.

vengono in gioco - quelli dell'agredito, da una parte, e quelli dell'aggressore, dall'altra - anche formale-normativa. Infatti, tutte le volte in cui chi subisce una aggressione ingiusta reagisce contro l'artefice di tale condotta, vengono in rilievo due distinte disposizioni legislative: una che pone il divieto di comportamenti lesivi della altrui incolumità fisica (es: percosse, lesioni, nei casi più gravi l'omicidio), l'altra che, invece, facoltizza la possibilità di realizzare queste stesse condotte al verificarsi di determinati requisiti che, nel nostro ordinamento, sono individuati dall'articolo 52 c.p.²⁰.

La più attenta dottrina²¹, tuttavia, ha sottolineato come il conflitto al cui cospetto ci si trova dinanzi tutte le volte in cui si scivola nel terreno delle cause di giustificazione, è meramente apparente, in quanto è lo stesso ordinamento a fornire la soluzione di tale scontro, individuando nella previsione normativa che tutela il bene di rango più elevato quella che deve prevalere, sino ad acconsentire che siano commesse delle violazioni della norma penale; al contrario, la disposizione che incrimina una determinata condotta di reato, ovvero quella che contiene la descrizione del fatto tipico, è destinata a soccombere, recedendo di fronte alla salvaguardia di interessi di rango più elevato rispetto a quelli da essa protetti.

Né, d'altro canto, potrebbe essere diversamente, atteso che se l'ordinamento giuridico non contemplasse al proprio interno gli strumenti necessari per sopire il contrasto che talvolta si viene a creare tra le disposizioni normative che lo compongono, verrebbe violato il principio di non contraddizione, il che, se portato alle estreme conseguenze, impedirebbe al diritto di esercitare la sua funzione tipica, ovvero quella di regolamentare in maniera ordinata e pacifica le relazioni tra consociati.

²⁰ Sul punto cfr. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione - Problemi di teoria dell'illecito penale, trad.*, 1966, 44. Parla di un vero e proprio rapporto di regola a eccezione tra la norma che disciplina la legittima difesa e le altre disposizioni che, di volta in volta, vengono in rilievo nella situazione di conflitto Miele, (voce) *Cause di giustificazione* in *Enc. Giur.*, VI, Milano, 1960, 590 ss., seppur sottolineando le lacune di una tale impostazione. Infatti, secondo l'A., se la norma penale violata viene vista come la regola, mentre la causa di giustificazione l'eccezione a tale regola, si creerebbe un vero e proprio circolo vizioso, in quanto, da un lato il contenuto della regola viene modellato dall'ampiezza della eccezione, dall'altro, questa ultima si configura se ed in quanto siano già chiari i confini entro cui opera la prima.

²¹ Cfr. MARINUCCI, (voce) *Cause di giustificazione* in *Dig. Disc. Pen.*, I, 1987, 178

La legittima difesa, come detto, è chiamata a regolamentare una contrapposizione non solo tra norme giuridiche, ma anche anche tra “forze e corpi”²². Di conseguenza, è nella stessa logica del procedimento induttivo alla base di ogni forma di positivizzazione che il legislatore, nell’emanare l’articolo 52 c.p., abbia tenuto in considerazione determinate ipotesi di conflitto che si verificano nella realtà per, poi, procedere alla individuazione di quelli che sono i loro tratti comuni salienti, da condensare, in ultimo, in una formula legislativa astratta e generale²³.

Quali siano tali ipotesi conflittuali e come incidano sulla scelta, oltre che sulla interpretazione, dei requisiti strutturali dell’articolo 52 c.p. sarà oggetto di particolare approfondimento nel corso del presente lavoro, in quanto tali aspetti forniscono una valida chiave di lettura per analizzare il trattamento giuridico riservato alle donne maltrattate che decidono di ribellarsi al proprio carnefice, mettendo in luce le criticità e i profili della materia perfettibili.

1.1 Alla ricerca della ratio della legittima difesa: *focus* sulle principali teorie elaborate dalla dottrina.

L’individuazione della *ratio* alla base della legittima difesa è un argomento su cui si è molto discusso in dottrina, portando all’elaborazione di una pluralità di teorie, delle quali si cercherà di dare ora sinteticamente conto, allo scopo di mettere in luce, come detto, lo stretto legame intercorrente tra interpretazione dei requisiti della scriminante e opzioni ermeneutiche circa il suo fondamento²⁴.

²² Sul tema, cfr. SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa*. cit., 5, la quale evidenzia come la legittima difesa, più di ogni altro istituto, rappresenti meglio quella situazione di scontro su cui poggiano le cause di giustificazione, innestandosi su di un conflitto, prima ancora che giuridico, fisico.

²³ Parla di una legittima difesa quasi metafisica SZEGÖ *Ai confini della legittima difesa*. cit., 9. Sul tema della astrazione delle situazioni conflittuali alla base della scriminante della legittima difesa si veda PADOVANI, (voce) *legittima difesa* in *Dig. Disc. Pen.*, III, 1989, 499.

²⁴ In realtà l’impossibilità di ravvisare una *ratio* unitaria, come rileva FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 2009, 257 ss., non riguarda solo la legittima difesa, ma è una questione che si pone, prima ancora, per tutte le cause di giustificazione, tant’è che secondo l’opinione maggioritaria, la categoria stessa dell’antigiuridicità non poggierebbe su un fondamento unitario. In particolare, si osserva che, se è vero che tutte le cause di giustificazione presuppongono un conflitto tra interessi contrapposti,

Prima di illustrare i diversi orientamenti nella materia *de qua*, va sottolineato che, sebbene la maggior parte di tali teorie siano state elaborate prima della emanazione del codice Rocco, esse possono essere lo stesso utilmente impiegate per condurre la disamina in oggetto, posto che l'essenza della legittima difesa è rimasta sostanzialmente invariata nel corso del tempo, al di là delle più o meno marcate differenze normative.

Fatta questa premessa, la prima macro distinzione da tracciare sull'argomento riguarda le teorie monistiche e pluralistiche.

Come suggeriscono le stesse espressioni utilizzate, le teorie che appartengono alla prima classificazione ravvisano un unico fondamento alla base della legittima difesa, a differenza delle seconde che, invece, adottano un approccio più sfumato, aperto a più soluzioni, senza per questo cadere in contraddizione.

Il secondo distinguo attiene al dato qualitativo, in quanto si riferisce alla natura del criterio - o dei criteri- individuato alla base della scriminante, ovvero se privatistico o pubblicistico.

Cominciando con l'esaminare le teorie monistiche di stampo individualistico, particolare attenzione deve essere rivolta al concetto di coazione morale, che sottende l'idea di una reazione difensiva posta in essere a seguito del turbamento emotivo provocato dall'ingiusta aggressione. In altri termini, secondo la teoria in esame, le legittima difesa troverebbe la propria giustificazione in un primordiale istinto di autoconservazione risvegliato dall'attacco²⁵.

La teoria della coazione morale, a sua volta, è riconducibile a due diversi filoni: uno che valorizza gli effetti psicologici che si verificano a seguito di tale turbamento emotivo ed un altro che, al contrario, si concentra sulla qualificazione giuridica da dare alla reazione in legittima difesa.

nondimeno, dietro alla individuazione di quello cui accordare la prevalenza, non vi sarebbe un unico principio guida, bensì una pluralità. Alcuni autori, tuttavia, (cfr., in particolare MARINUCCI, (voce) *Cause di giustificazione*, cit. 185, mostrano un certo scetticismo nei confronti delle c.d. teorie pluralistiche, in quanto l'individuazione dei criteri alla cui stregua stabilire, di volta in volta, l'interesse prevalente, in assenza di parametri univoci, presterebbe il fianco ad una eccessiva discrezionalità dell'organo giudicante e, dunque, per tal via, all'ingresso di valori extragiuridici nell'ordinamento.

²⁵ Cfr. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, II, 1831, 127 ss.: “la propria e vera coazione nasce nell'animo umano dal timore d'un mal, che d'ogni lato in esso attualmente s'insinua, lo penetra e diviene la necessaria cagione delle sue determinazioni”. In senso conforme PESSINA, *Elementi di diritto penale*, I, 1882, 187 ss.

Il primo di tali filoni è anche noto come teoria dei motivi determinati, poiché, ai fini del riconoscimento della legittima difesa, attribuisce un rilievo fondamentale alla natura dell'impulso che spinge il soggetto a reagire all'offesa: dal momento che l'agredito agisce per tutelare la propria - o l'altrui - integrità fisica, non rappresenta una seria minaccia per l'ordinamento, in particolare per la pace sociale, e proprio per questo la sua condotta appare priva di disvalore penale²⁶.

La seconda impostazione, invece, muovendo dal presupposto che i c.d. valori determinanti rappresentano un concetto vago che apre a margini di discrezionalità troppo ampi in favore dell'autorità giudiziaria, si focalizza, come accennato, sull'inquadramento giuridico formale da dare alla condotta dell'agredito, tralasciando gli aspetti di stampo più marcatamente psicologico che si verificano nella mente di colui che riceve l'offesa.

In particolare, secondo detta concezione²⁷, colui che agisce in legittima difesa esercita un vero e proprio diritto naturale, ovvero un diritto che non sorge con la nascita dello Stato, ma che è prodromico rispetto ad esso, con la logica conseguenza che potrebbe essere oggetto unicamente di riconoscimento e non di attribuzione.

Da quanto osservato, si può intuire facilmente quale sia il modo di intendere i rapporti Stato-cittadino sotteso alla tesi in esame: il primo non viene concepito come depositario originario di potestà pubblicistiche, ma come mero cessionario di queste ultime, atteso che titolare ultimo ne è solo il cittadino; dunque, nelle ipotesi in cui opera la legittima

²⁶ Sul punto si veda FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, I, 1934, 491-492 e, in termini ancora più espliciti FERRI, *La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, 1878, 555-556.

²⁷ L'esponente più autorevole di questa tesi è Francesco Carrara (cfr. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, I, 1977). Il pensiero dell'A. risente fortemente dell'influenza esercitata dalle teorie sul c.d. contrattualismo sociale. In base a dette teorie, la nascita dello Stato sarebbe da ricondurre alla stipulazione di vero e proprio accordo tra cittadini, teso a regolare i loro rapporti reciproci, sì da garantire la pace sociale e un'ordinata regolamentazione delle relazioni tra consociati. Il principale effetto giuridico che deriva da tale contratto concerne il trasferimento di tutti i poteri di cui ciascun cittadino è titolare *rerum naturae* allo Stato, il quale diviene, così, organo sussidiario rispetto alla pluralità dei consociati (c.d. difesa pubblica sussidiaria). Ciò significa che, tutte le volte in cui la pubblica autorità non è in grado di garantire a pieno la protezione degli interessi dei propri cittadini, questi ultimi sono legittimati a ricorrere alla forza individuale, in quanto si risanda la loro primigenia facoltà di agire in legittima difesa. Alcuni autori (cfr., in particolare, CIVOLI, *Trattato di diritto penale. Parte generale* I, 1912, 472-473) tuttavia, hanno criticato duramente questa impostazione, sottolineando come finisca per concedere margini troppo ampi all'autodifesa privata, con il rischio di mettere a repentaglio il mantenimento di un'ordinata e pacifica convivenza tra *cives*.

difesa, l'individuo non agisce in qualità di delegato del potere statale, ma si riappropria di una facoltà a lui spettante *ab origine*.

Le teorie pubblicistiche, invece, si muovono sotto tutt'altra prospettiva.

Esse, infatti, analizzano la scriminante in esame non tanto in funzione della difesa apprestata all'interesse dell'aggredito, quanto dal punto di vista relativo alla riaffermazione dell'ordine giuridico violato. Colui che agisce intaccando la sfera personale e patrimoniale altrui, si pone chiaramente in contrasto con le disposizioni di legge, a meno che la sua condotta non sia giustificata, in quanto ricompresa all'interno del perimetro applicativo di una causa di giustificazione. A seguito del *vulnus* così inferto all'ordinamento, si rende necessaria una reazione che, in presenza dei requisiti per la configurabilità della legittima difesa, viene demandata al privato, il quale, in quest'ottica, finisce, dunque, per salvaguardare non tanto la propria posizione giuridica, quanto il diritto stesso, inteso come insieme positivizzato di norme²⁸.

Anche la teoria monistica di matrice pubblicistica, al pari di quella privatistica, ricomprende al proprio interno una duplicità di correnti, una tutta incentrata sull'aspetto conflittuale che domina la materia, l'altra, invece, proiettata verso gli effetti che tale conflitto produce.

Il primo orientamento²⁹, polarizzando il *focus* della discussione attorno al concetto di bilanciamento degli interessi contrapposti, rivolge tutti i propri sforzi interpretativi nel tentativo di individuare un valido parametro alla stregua del quale condurre l'anzidetto giudizio di bilanciamento.

Al riguardo, occorre evidenziare come in questa sede, a differenza che nella teoria individualistica, il conflitto che viene in rilievo è esclusivamente quello tra diritti, mentre restano sullo sfondo le posizioni individuali di cui è titolare ciascuna delle parti coinvolte nello scontro. Dunque, in base a questa impostazione, l'esenzione da pena in

²⁸ Come osserva SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa cit.*, 92, l'origine di tale impostazione va rintracciata nel pensiero di Hegel. Secondo il filosofo tedesco, la legittima difesa porta alla neutralizzazione dell'offesa subita dall'ordinamento per effetto dell'aggressione ingiusta: se quest'ultima rappresenta la "negazione del diritto", allora colui che vi reagisce contro non può che "negare la negazione" del diritto medesimo.

²⁹ Fra i sostenitori della tesi in esame NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, 1982, 206 ss; BETTIOL, *Diritto penale: parte generale*, 1982, 327; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 2013, 235 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale cit.*, 283.

favore di colui che agisce in legittima difesa non dipende dall'esistenza di un diritto naturale all'autoconservazione, ma discende unicamente da una precisa scelta del legislatore. Quest'ultimo, infatti, nel valutare a quale dei contrapposti interessi accordare la preferenza, ha optato per quello che fa capo all'agredito, posto che è solo l'aggressore, nel momento stesso in cui agisce, a rendersi responsabile della violazione dell'ordine giuridico.

In definitiva, secondo i sostenitori della concezione in esame, alla radice dell'istituto della legittima difesa vi sarebbe l'antico brocardo "*vim vi repellere licet*"³⁰.

Quanto osservato porta a tracciare un parallelo tra l'opinione dottrinale in esame e un altro brocardo: "*qui in re illicita versatur, tenetur etiam pro casu*".

Invero, la ragione per cui l'interesse di cui è portatore l'agredito, in presenza di tutti i requisiti per la configurabilità dell'esimente, viene sacrificato a quello dell'agredito, risiede nel disvalore che l'ordinamento riconnette automaticamente alla condotta di colui che agisce in spregio a quei valori fondanti della società che trovano cristallizzazione all'interno delle disposizioni normative.

Tuttavia, per la legittima difesa non si pongono quei problemi che sono sorti con riferimento a talune disposizioni dell'attuale codice penale, espressione del principio del "*versari in re illicita*", utilizzato per descrivere le ipotesi di responsabilità penale oggettiva, e, dunque, dopo l'emanazione della Costituzione, in contrasto con il principio di colpevolezza scolpito nell'articolo 27 della Carta Fondamentale. Il motivo di ciò va ravvisato nella constatazione che l'aggressore subisce quelle conseguenze che sono direttamente ricollegate ad un'azione criminosa da egli stesso rappresentata e voluta, o quanto meno prevista, sicché nessuna violazione del principio di colpevolezza potrebbe dirsi commessa. Inoltre, anche in quei casi limite in cui l'aggressore agisce in difetto dell'elemento soggettivo - a meno che non si abbracci la tesi della legittima difesa come sanzione che verrà esposta qui di seguito - si è al di fuori dello schema tipico in cui opera il principio del "*versari in re illicita*", atteso che, in detta ipotesi, il soggetto agente

³⁰ Sul questo punto specifico si veda anche Cass. 6.05.1975 in *Rep. Foro. It.*, 1976, 351.

subirà solo le conseguenze derivanti dalla reazione difensiva dell'agredito, mentre non sarà soggetto ad alcuna sanzione penale³¹.

Passando ora ad analizzare l'altro filone in cui si articola l'orientamento monistico-pubblicistico, ovvero la c.d. Concezione sanzionatoria, si evidenzia come esso si fondi sul parallelo tra legittima difesa, da un lato, e sanzione penale, dall'altro, valorizzando la natura pubblicistica della prima.

Alla stregua di tale impostazione, in sostanza, il privato, in qualità di delegato dello Stato³², esercita una vera e propria funzione pubblica, in quanto con la propria condotta, più che salvaguardare un interesse egoistico, impedisce il verificarsi di un *vulnus* in seno all'ordinamento giuridico oppure vi rimedia, in una prospettiva rovesciata rispetto a quella in cui si muovono le tesi monistiche-privatistiche.

L'orientamento in parola, come sottolineato da un'attenta dottrina³³, ha avuto il pregio di attribuire alla legittima difesa, oltre che un significato negativo - nel senso che l'esenzione da pena dell'autore di un fatto penalmente rilevante viene spiegata unicamente con considerazioni che attengono all'assenza di riprovevolezza della condotta tenuta - anche uno positivo. Nello specifico, il parallelo tra la scriminante e la sanzione penale fa sì che alla prima possa essere attribuita, al pari della seconda, una funzione di prevenzione generale³⁴.

Tale funzione si giustifica, in quanto il riconoscimento della facoltà di agire in legittima difesa viene ad esercitare una vera e propria funzione di orientamento culturale nei confronti dei consociati che vengono in tal modo dissuasi dal porre in essere atti lesivi

³¹Secondo i sostenitori della c.d. concezione sanzionatoria, l'altra tesi elaborata nell'ambito della concezione monistica pubblicistica della legittima difesa, nei casi in cui l'azione criminosa venga posta in essere da soggetti non imputabili o che non versano in colpa, si profila un'ipotesi di responsabilità oggettiva: la soccombenza dell'interesse dell'aggressore, infatti, si verifica a prescindere dall'accertamento del suo atteggiamento soggettivo nei riguardi della fattispecie di reato commessa.

³² L'autore che per primo ha messo in luce il collegamento tra legittima difesa e salvaguardia dei valori fondanti dell'ordinamento giuridico è JERING, *La lotta per il diritto*, trad. 1960, 60 ss che, in proposito, utilizza le seguenti parole: "Ciascuno nel proprio diritto difende il diritto. Difende anzi l'ordinamento della vita socievole. E coopera in fondo all'attuazione dell'idea del diritto". Per quanto riguarda il panorama italiano MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, II, 1981, 378 ss è l'esponente di maggior spicco a sostenere la dottrina in esame, assieme a VANNINI, *Istituzioni di diritto penale. Parte generale*, 1939, 180 ss.

³³ Cfr. SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa*, cit., 100

³⁴ Sul punto cfr. JERING, *La lotta per il diritto*, cit., 105.

nei confronti di terzi per il timore di subire, a propria volta, delle conseguenze pregiudizievoli per la propria sfera giuridica.³⁵

Tuttavia, nonostante questo innegabile pregio, la concezione sanzionatoria è stata sottoposta a dura critica, in ragione del fatto che essa conduce a delle conseguenze del tutto illogiche. E' stato, infatti, sottolineato che, se la legittima difesa costituisce una sanzione penale a tutti gli effetti, allora lo Stato dovrebbe rinunciare a punire quel medesimo fatto, posto che, diversamente, si verificherebbe una violazione del principio del *ne bis in idem*³⁶, venendo irrogate ben due sanzioni, una di natura privata e l'altra pubblica.

Poiché, in concreto, lo Stato non rinuncia a punire l'aggressore anche quando nei suoi confronti vi sia stato esercizio della legittima difesa, difficilmente il vizio in oggetto potrà essere superato.

Si consideri, inoltre, che la teoria sanzionatoria mal si concilia con i casi in cui protagonisti dell'attacco ingiusto siano soggetti incolpevoli o altrimenti penalmente irresponsabili, posto che, in dette ipotesi, non potendo essere comminata alcuna

³⁵ In merito si veda PADOVANI, (voce) *Legittima difesa* cit., 498 ss.: "... la constatazione del venir meno di ogni esigenza di prevenzione generale (o speciale) assume un carattere puramente negativo: è solo il difetto della funzione che finisce col caratterizzare la scriminante, non anche il profilarsi di una funzione positiva ad essa connaturata. In questi limiti, la difesa legittima implicherebbe soltanto un «non poter punire», non già un «dover punire», perché il suo fondamento assiologico dipenderebbe in definitiva da un'istanza pregiudiziale, riconosciuta bensì dall'ordinamento, ma in termini puramente negativi. La difesa legittima non assurgerebbe a valore giuridico" e più oltre, riferendosi alla concezione, di matrice hegeliana, sanzionatoria della legittima difesa: "da questo punto di vista, la legittima difesa assume un valore giuridico intrinsecamente positivo, in termini di prevenzione generale. Il suo significato non si coglie più soltanto come difetto di una istanza punitiva; essa concorre, da un lato, a rafforzare la tutela del bene difeso attraverso una sanzione specifica della imprevedibilità della condotta aggressiva, e incrementa, dall'altro, l'efficacia dissuasiva e di orientamento socio-culturale esercitata dall'ordinamento, perché riconoscendo la scriminante, si comunica il messaggio che il diritto ingiustamente minacciato può essere liberamente salvaguardato da chiunque, quando la tutela istituzionale non possa essere tempestivamente attivata".

³⁶ Così MARINUCCI, (voce) *Cause di giustificazione*, cit., 133 ss. L'autore, inoltre, esprime viva preoccupazione per le derive cui la concezione sanzionatoria potrebbe andare incontro: se al cittadino viene riconosciuta la più ampia facoltà di reagire in difesa dell'ordine giuridico violato, da qui a trasformare quest'ultimo in un giustiziere privato il passo è davvero breve, con il conseguente rischio che lo Stato perda, a beneficio del cittadino, il monopolio nell'utilizzo della forza. Sottolinea le incongruità a cui presta il fianco la teoria in esame anche ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione* cit., 250, osservando come, se la scriminante in questione fosse realmente paragonabile ad una sanzione penale, allora si dovrebbe riconoscere la sua operatività anche dinanzi ad offese che riguardano esclusivamente interessi dello Stato o della collettività.

sanzione penale, viene necessariamente a spezzarsi il legame tra la legittima difesa e la pena³⁷.

Poiché, in realtà, tutte le teorie passate in rassegna sin qui presentano, accanto a degli aspetti positivi, delle criticità, l'orientamento che alla fine ha prevalso presso la maggior parte degli interpreti è quella pluralistica.

Come è facilmente intuibile dal tenore stesso dell'espressione impiegata, la tesi in esame rifiuta l'idea che la legittima difesa si fondi su un'unica *ratio*, ravvisando, alla sua radice, due anime contrapposte, le quali non costituiscono altro che la sintesi della coppia concettuale pubblico-privato appena esposta: da un lato la causa di giustificazione in parola corrisponde ad un vero e proprio diritto privato - o, se si vuole, naturale - di autotutela, dall'altro, essa contribuisce al rafforzamento dell'ordinamento, fornendo un ulteriore presidio alla sue disposizioni normative.

Così intesa, la legittima difesa viene a svolgere, nel contempo, una funzione di prevenzione generale e una di prevenzione speciale, atteso che il suo esercizio, oltre a fungere da deterrente nei confronti dei consociati intenzionati a turbare la pace sociale, costituisce una forma di punizione nei confronti dell'aggressore per la condotta tenuta, senza che ciò implichi alcuna sovrapposizione alla sanzione penale *tout court*³⁸.

A ben vedere, la teoria pluralistica è quella che garantisce la soluzione più equilibrata dell'argomento, in quanto, pur non negando che legittima difesa possa essere ricompresa entro una dimensione pubblicistica, non arriva agli estremi della concezione sanzionatoria, riconoscendo che il dato da cui muovere è quello privatistico, relativo alla tutela dell'interesse del singolo.

³⁷ Cfr. PADOVANI, (voce) *Legittima difesa* cit., 502.

³⁸ PADOVANI, (voce) *Legittima difesa* cit., 500 ss.: “In realtà, non si può disconoscere che il fondamento primo della scriminante si riferisce l'autotutela privata necessaria: l'impossibilità di un'efficace e tempestivo ricorso all'autorità giustifica il venir meno dell'esigenza di prevenzione generale connessa alla norma cui si riferisce l'interesse sacrificato; ma il senso positivo della difesa emerge dal fatto che l'attività di autotutela autorizzata rappresenta al contempo un mezzo volto a garantire la stabilità e la certezza dei valori protetti, rafforzando ... la funzione di prevenzione generale delle norme contro le quali si esprime l'aggressione, ed esercitando altresì una funzione di prevenzione speciale nei confronti dell'aggressore che, subendo la reazione difensiva, è costretto a riconoscere a proprie spese l'intangibilità del bene minacciato”. Nello stesso cfr. ROMANO-GRASSO-PADOVANI, *Commentario sistematico al codice penale*, I, 2011, 554 ss.

Non è dunque un caso se, attualmente, la maggior parte degli interpreti aderisce a tale orientamento, l'unico, peraltro, che si pone in linea con i principi enunciati nella Carta Costituzionale (si pensi, in particolare, all'articolo 27 della Costituzione che codifica la finalità rieducativa della sanzione penale, nonché all'articolo 2, espressione di uno dei pilastri su cui si fonda l'ordinata convivenza civile tra gli individui, ovvero il principio di solidarietà).³⁹

Ad oggi, quindi, possono dirsi del tutto superate le tesi monistiche: la coazione morale risulta del tutto incompatibile con la collocazione della legittima difesa nell'ambito delle cause di giustificazione, posto che essa, valorizzando gli aspetti che attengono al foro interno del soggetto agente, trova la propria *sedes* naturale nella categoria della colpevolezza, mentre sia la tesi della difesa pubblica sussidiaria sia la concezione pubblicistica - ivi compresa la teoria sanzionatoria - nell'ammettere una reazione difensiva praticamente illimitata, mal si conciliano con i principi suggellati nella Carta Fondamentale.

1.2 I riflessi delle opzioni ermeneutiche relative all'individuazione della *ratio* della legittima difesa sui requisiti della scriminante.

Le diverse teorie elaborate circa il fondamento della legittima difesa non rappresentano uno sterile e vuoto esercizio dottrinale, ma impattano profondamente sul modo di intendere i requisiti della legittima difesa, oltre che sulla sua stessa classificazione dogmatica.

Nonostante, come detto, ad oggi l'opinione assolutamente maggioritaria ravvisi alla base della causa di giustificazione in questione una pluralità di *rationes*, non è affatto inutile mettere in luce la correlazione tra gli aspetti di cui sopra, dal momento che in tal modo si può dimostrare come il dato letterale della disposizione che codifica la legittima difesa non rappresenti un ostacolo insormontabile per i casi di violenza domestica su cui si focalizza la presente ricerca. Seguirà, pertanto, una breve

³⁹ F. e M. SARNO, *L'evoluzione della legittima difesa*, Milano, 2008, 5 ss.

esposizione delle principali tendenze interpretative che si ricollegano alle diverse teorie elaborate in tema di fondamento della legittima difesa e di cui si è dato conto nel paragrafo precedente.

In merito al profilo della classificazione dogmatica, è bene mettere in evidenza sin da subito che la collocazione della legittima difesa all'interno della struttura del reato, almeno per la dottrina italiana, rappresenta ormai un problema superato, essendo opinione consolidata la sua riconducibilità nel novero delle cause di giustificazione.

In questa sede preme, però, osservare come l'adesione alla teoria della coazione morale mal si concili con la richiamata collocazione dogmatica, posto che, perlomeno nella variante dei c.d. motivi determinanti, essa valorizza più che altro gli effetti che si producono nella psiche del soggetto aggredito⁴⁰.

Invero, se le scusanti possono essere definite come *“quelle situazioni riconducibili al principio della inesigibilità, quale impossibilità di esigere l'astensione da una determinata risoluzione volontaria, alla quale, nelle medesime particolari circostanze esterne, sarebbe addivenuto anche l'uomo medio⁴¹”*, è evidente che, concentrando l'attenzione sul timore che si prova dinanzi alla minaccia di un male ingiusto, l'essenza della legittima difesa viene a coincidere con quanto appena illustrato. Tale conclusione, d'altro canto, è corrente con l'ampio spazio che la tesi in esame conferisce alla sfera soggettiva dell'agente, a scapito di quella oggettiva, che rappresenta, al contrario, la dimensione in cui operano le cause di giustificazione.

Tuttavia, con riferimento all'altro filone della coazione morale, ovvero la c.d. difesa pubblica sussidiaria, l'inquadramento della legittima difesa nell'alveo delle scusanti non rappresenta affatto un risultato scontato, posto che molto dipende da quanto i relativi sostenitori valorizzino l'aspetto psicologico connesso all'istinto di autoconservazione e quanto, invece, il profilo afferente alla qualificazione giuridica di tale istinto.

⁴⁰ SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 105 osserva come spesso - il discorso vale soprattutto per le tesi più antiche e meno raffinate, come quelle sulla coazione morale appunto - l'elaborazione delle teorie sul fondamento della legittima difesa sia avvenuta senza alcuna preoccupazione per i riflessi in tema di collocazione dogmatica dell'istituto. Anche per questa ragione si può tranquillamente affermare che in Italia la riconducibilità della legittima difesa entro l'orbita delle cause di giustificazione non rappresenta affatto un punto problematico dell'istituto *de quo*.

⁴¹ Cfr. DOLCE, (voce) *Esimenti*, in *Enc. Giur.*, XV, 196

Invero, nel caso in cui sia quest'ultimo aspetto a prevalere sul primo, la reazione difensiva fuoriesce dal campo delle scusanti per entrare in quello delle cause di giustificazione, caratterizzato, come più volte rimarcato, da una situazione di conflitto tra interessi contrapposti⁴².

Al contrario, la tesi pubblicistica della legittima difesa, in tutte le sue varianti, appare pienamente compatibile con la classica collocazione dogmatica della legittima difesa, dal momento che essa appunta la propria attenzione esclusivamente sugli elementi oggettivi del reato, tralasciando del tutto quelli di marca soggettiva.

Le medesime considerazioni, infine, valgono per le teorie pluralistiche, atteso che in base ad esse la legittima difesa, pur rispondendo ad un ancestrale istinto di sopravvivenza, corrisponde pur sempre all'esercizio di un diritto che entra in rotta di collisione con quello dell'aggressore.

Come accennato in apertura del paragrafo, è però sui requisiti dell'articolo 52 c.p. che le teorie precedentemente illustrate producono le conseguenze più rilevanti.

In questa sede è utile individuare quali siano, a grandi linee, le tendenze interpretative che si ricollegano a ciascuno dei detti orientamenti, sì da evidenziare come, in virtù di tale flessibilità del concetto di legittima difesa, nessuna opzione ermeneutica sia di per sé radicalmente preclusa. Nel corso dei successivi paragrafi seguirà una rassegna sullo stato dell'arte in tema d'interpretazione della scriminante in esame, con particolare riferimento agli elementi della necessità della reazione difensiva e dell'attualità del pericolo, rassegna che costituirà la base di partenza per interrogarsi sulla capacità delle linee ermeneutiche così individuate di cogliere e di fornire adeguata risposta ad un fenomeno tanto complesso qual è quello della violenza domestica.

Cominciando l'analisi dalla teoria monistica della c.d. coazione morale, si rileva come questa concepisca in maniera piuttosto elastica sia il requisito della proporzione sia quello della attualità del pericolo, in conformità al fatto di ravvisare nel perturbamento psichico ingenerato dall'aggressione la *ratio* della scriminante⁴³.

⁴² Sul punto cfr. SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 110

⁴³ Così SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 118

Invero, considerate le condizioni in cui viene a trovarsi chi subisce l'attacco, sarebbe impensabile pretendere da quest'ultimo un rigido rispetto dei requisiti sopra menzionati, sicché si deve propendere per un'interpretazione particolarmente lata dei medesimi.

Nello specifico, gli autori che aderiscono alla concezione in esame interpretano la proporzione non come rapporto tra interessi contrapposti, bensì tra mezzi a disposizione, rispettivamente, dell'aggressore e dell'agredito, ritenendo eccessivo pretendere da chi si trovi psicologicamente coartato una rigorosa ponderazione della "posta in gioco" da ambo le parti in conflitto⁴⁴. Analoghe considerazioni sono state svolte a proposito dell'attualità del pericolo, rimarcando come sia ammissibile una reazione difensiva che si estrinsechi quando tale pericolo non si sia ancora materializzato, valorizzando appunto quello scuotimento d'animo che si prova dinanzi alla minaccia di un male ingiusto per la propria incolumità.

Avuto riguardo alle premesse su cui si fonda la coazione morale, non è difficile intuire come, al contrario, di fronte ad un pericolo ormai passato, non sia riconosciuta la possibilità di invocare la legittima difesa: svanito il pericolo, svanisce anche lo stato emotivamente alterato da esso derivato⁴⁵. Sulla scorta delle medesime considerazioni, viene, inoltre, negata la configurabilità delle scriminanti nelle ipotesi di soccorso di necessità, caratterizzate dal fatto che l'offesa viene rivolta nei riguardi di un soggetto diverso da colui che si difende, e in quelle di attacco al patrimonio, dal momento che il coinvolgimento emotivo che si sperimenta in tali situazioni, pur non potendo essere negato del tutto, non può dirsi tanto inteso da giustificare l'esenzione dalla sanzione penale⁴⁶.

Quanto alla teoria della difesa pubblica sussidiaria, anch'essa, facendo della protezione della posizione giuridica del singolo il fulcro della legittima difesa, ne interpreta i requisiti in maniera piuttosto ampia, sì da garantire al cittadino la più ampia tutela possibile verso interessi sia personali che patrimoniali.⁴⁷

⁴⁴ Cfr. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, II, 1831, 149 ss.

⁴⁵ Il punto è ben evidenziato da FERRI, *Sociologia criminale*, 270

⁴⁶ SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 114

⁴⁷ Questo aspetto costituisce una novità di assoluto rilievo rispetto alla teoria della coazione morale, in quanto viene definitivamente sancita la piena equiparazione dei beni patrimoniali a quelli personali per quanto concerne la possibilità di essere oggetto di una legittima reazione difensiva da parte del privato.

Proprio in virtù di tale maggiore ampiezza concettuale, la reazione difensiva viene pacificamente ritenuta scriminata anche qualora si indirizzi nei confronti di un pericolo non ancora attuale, atteso che, diversamente, si correrebbe il rischio di veder irrimediabilmente sacrificato il diritto dell'agredito⁴⁸.

Anche per quanto riguarda il requisito della proporzione, l'ottica è sempre quella di ampliare il più possibile i confini della legittima difesa, in quanto si riconosce all'individuo la facoltà di realizzare tutto quanto sia necessario per la tutela dei propri interessi, senza aver riguardo alla natura del diritto contrapposto⁴⁹.

Sempre in tema di orientamenti interpretativi propri della teoria in esame, va, inoltre, osservato come la scriminante sia ritenuta applicabile anche qualora l'aggressione provenga da soggetti non imputabili o incolpevoli, dal momento che dette circostanze non incidono sulla portata della carica offensiva insita nella minaccia dell'altrui diritto⁵⁰.

Le considerazioni svolte a proposito della difesa pubblica sussidiaria sono valide in larga parte anche per le posizioni assunte in materia dalle concezioni pubblicistiche. Si assiste, infatti, ad un'estensione della nozione di attualità del pericolo, nonché ad un'interpretazione del requisito della proporzionalità che tiene conto dei mezzi più che degli interessi sostanziali coinvolti. Mutano, tuttavia, i parametri di riferimento sulla scorta dei quali valutare i termini del conflitto da cui origina la legittima difesa: non più diritti che fanno capo a individui tra di loro conflitto, bensì la contrapposizione tra il

⁴⁸ cfr. CARRARA, *Programma* cit., 226-227. L'autore per esemplificare il concetto dell'ammissibilità della legittima difesa preventiva utilizza il caso, divenuto poi paradigmatico, dei briganti sequestratori: se un gruppo di individui venisse catturato e sequestrato da un gruppo di briganti, perché si dovrebbe negare la possibilità di configurare la legittima difesa nel caso in cui i sequestrati agissero mortalmente contro i carcerieri, approfittando della notte e del sonno in cui questi sono piombati? Invero, osserva l'autore, qualora si negasse la possibilità di invocare la legittima difesa in un caso del genere, si costringerebbero i malcapitati ad attendere il risveglio dei sequestratori per passare all'attacco, ma ciò renderebbe la loro reazione difensiva del tutto inefficace.

⁴⁹ CARRARA, *Programma* cit., 229. Da sottolineare come questa interpretazione, tanto del requisito della attualità del pericolo quanto di quello della proporzione, risenta del principio del *versari in re illicita*, cui si fanno in precedenza cenno. Invero, alla base di tale modo di intendere i citati elementi strutturali della scriminante, vi è la convinzione che colui che si è reso responsabile della violazione dell'ordinamento giuridico, debba sopportare tutte le conseguenze che ne derivano, ivi compresa una facoltà di reagire in difesa pressoché illimitata.

⁵⁰ Pone l'accento sul punto, come meglio si dirà, ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione* cit., 252.

“Diritto e l’Illecito”, la “Ragione e il Torto”⁵¹, secondo un concetto superiore e spiritualizzato di Giustizia.

Come già sottolineato, secondo tale concezione la ragione della primazia della posizione dell’aggredito su quella dell’aggressore si spiega in ragione del fatto che il primo si schiera dalla parte dell’ordinamento, difendendone i valori fondanti, al contrario del secondo che con la propria condotta esprime noncuranza - se non addirittura disprezzo - nei confronti di quei principi a cui è informato l’ordinamento medesimo.

Proprio la diversa ottica su cui s’innestano, rispettivamente, la tesi pubblicistica e la difesa pubblica sussidiaria spiega il motivo di una differenza di non poco conto che riguarda la risolubilità entro il perimetro della causa di giustificazione di talune condotte.

Si è detto sopra come le offese provenienti da soggetti non imputabili o incolpevoli non ostino alla configurabilità della legittima difesa secondo il modello privatistico, atteso che ciò non elimina il *vulnus* verificatosi nella sfera giuridica di colui che subisce l’attacco, nondimeno una soluzione opposta s’impone per i fautori di una concezione esclusivamente pubblicistica della legittima difesa.

Invero, se la *ratio* della causa di giustificazione *de qua* è quella di ristabilire l’ordine giuridico violato, si reputa che, di fronte a soggetti non imputabili o nei cui confronti non può essere mosso alcun rimprovero penale, nemmeno a titolo di colpa, la ragione tipica alla base della codificazione della scriminante si pone in termini affievoliti, in considerazione del fatto che tali soggetti, pur avendo trasgredito, da un punto di vista obiettivo, al diritto, non rappresentano una seria minaccia per la stabilità del sistema normativo, difettando di una reale capacità criminale⁵².

Tuttavia, con riferimento alla concezione sanzionatoria della legittima difesa, valgono delle considerazioni in parte differenti.

Tale teoria, infatti, rispetto alle altre, interpreta i requisiti strutturali della scriminante in maniera molto più rigida, sì da evitare scollamenti tra la l’ambito di operatività di

⁵¹ Le espressioni utilizzate sono tratte da PADOVANI (voce) *Difesa legittima cit.*, 499

⁵² ROMANO-GRASSO-PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale cit.*, 560; ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione cit.*, 249 ss.

quest'ultima e l'individuazione delle condotte da assoggettare all'applicazione della sanzione penale.

La portata di tale affermazione non deve però essere sopravvalutata, in quanto residuano alcune ipotesi in cui la legittima difesa non risulta sovrapponibile alla sanzione penale. Ci si riferisce alle ipotesi già in precedenza menzionate dell'aggressione proveniente da soggetti non imputabili o che non versano in stato di colpa. Aderendo rigorosamente alla teoria sanzionatoria, si dovrebbe escludere la configurabilità della legittima difesa, mentre, secondo i sostenitori dell'orientamento in esame, l'effetto scriminante si produce anche in dette ipotesi, atteso che ciò che rileva è il "disvalore obiettivo" insito nella violazione della norma penale⁵³. In buona sostanza, dunque, secondo detta impostazione, i riflessi psicologici - o che comunque attengono all'elemento soggettivo del reato - della condotta tenuta dall'aggressore non impattano sul riconoscimento della applicabilità della causa di giustificazione in ragione del fatto che l'unico elemento a tale fine rilevante è rappresentato dal carattere obiettivamente illecito della condotta medesima, in conformità della collocazione sistematica della legittima difesa all'interno del reato⁵⁴.

Di contro, il requisito della proporzione viene inteso in termini marcatamente restrittivi, in considerazione dell'importanza da esso rivestita nella struttura della scriminante, essendo l'elemento che vale ad avvicinarlo maggiormente al concetto di sanzione penale.

Paradossalmente, un'aderenza maggiore alla nozione di pena viene garantita dalle teorie pluralistiche, le quali, come detto in precedenza, ravvisando alla base della legittima difesa un fondamento composito, fondato in parte su istanze privatistiche e in parte su quelle pubblicistiche, attribuiscono ad essa funzioni sia general preventive sia special preventive.

In questa ottica, infatti, il mancato riconoscimento della operatività della legittima difesa nei casi limite sopra citati - ovvero il caso dell'aggressione proveniente da un soggetto incolpevole o non imputabile - viene pacificamente ammesso, in quanto alla

⁵³ Cfr. GROSSO, (voce) *Legittima difesa* cit., 137 ss.

⁵⁴ Così VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di valori*, 2000, 311. In senso conforme, GROSSO, (voce) *Difesa legittima* cit., 138.

sanzione viene assegnato un significato molto più articolato e complesso rispetto a quello fatto proprio dalla concezione sanzionatoria, ancorato ad una visione strettamente retributiva della pena, significato che ben si concilia, almeno secondo alcuni autori, con il retrocedere della scriminante di fronte alle ipotesi in questione.

Invero, se si ritiene che il fondamento della legittima difesa risieda in una duplice esigenza di autotutela dell'individuo e di stabilizzazione dell'ordinamento giuridico, ecco che tanto l'impossibilità di invocare la legittima difesa quanto la mancata applicazione della sanzione penale si spiegano sulla scorta di considerazioni che concernono appunto le funzioni svolte dalla pena: si tratta di situazioni in cui la lesione della posizione giuridica del singolo non si accompagna alla necessità di ristabilire con forza i valori fondanti dell'ordinamento e ciò sia per la minore minaccia nei confronti della società rappresentata dall'aggressore sia per il maggior sforzo di sopportazione richiesto all'agredito⁵⁵.

Fra le ipotesi in cui, in base all'opinione ermeneutica sopra esposta, è richiesto un maggiore sforzo di sopportazione rientra proprio il caso dell'aggressione consumata all'interno delle mura domestiche, fra coniugi o comunque membri della famiglia, ove la reazione difensiva deve ammettersi negli stretti limiti rappresentati dall'esigenza di autodifesa, in considerazione del contesto in cui l'offesa viene posta in essere, nonché della significativa riduzione dell'interesse alla stabilità dell'ordinamento⁵⁶.

⁵⁵ Si tratta della c.d. teoria delle limitazioni etico-sociali della legittima difesa, i cui principali sostenitori sono ROMANO-GRASSO-PADOVANI *Commentario sistematico* cit., 560 e ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione* cit., 252 ss.

⁵⁶ Cfr. ROMANO-GRASSO-PADOVANI *Commentario sistematico* cit., 560, sottolinea come l'elasticità dei requisiti costitutivi della causa di giustificazione, in particolare, della necessità e della proporzione tra difesa o offesa, dipendano da una serie di fattori, tra cui in particolare, la scala dei valori presi a riferimento dalla società in un determinato momento storico: "[...] di limitazioni etico sociali al diritto di difesa è p.e. plausibile parlare con riferimento alle offese che provengono: a) minori, immaturi, ubriachi, drogati, persone che versino in errore o che agiscano in stato di necessità, b) persone con cui l'agredito è in stretta relazione (famiglia, collegio comunità varie), c) un terzo provocato dall'agredito al fine di poter « organizzare » una lesione in « difesa ». In tali casi, è agevole convenire che la necessità e la proporzione devono ammettersi in termini molto più rigorosi; un'offesa di questi soggetti mediante reazione sembra qui da concepirsi come legittima, infatti, esclusivamente nei limiti imposti da una stretta esigenza di autodifesa: nei confronti di soggetti offensori che si trovino nelle situazioni ora descritte, infatti, può richiedersi all'agredito un maggiore sforzo di sopportazione (e inoltre viene meno talvolta, o si riduce grandemente, l'interesse alla stabilità dell'ordinamento)."

Da ultimo, va rilevato che le teorie pluralistiche, fra tutte quelle sopra esposte, sono quelle che hanno goduto di maggior favore presso gli interpreti, attesa la loro capacità di garantire un'interpretazione equilibrata della norma sulla legittima difesa, impedendo il verificarsi di eccessi verso ambedue gli estremi, privatistico e pubblicistico, cui, invece, conducono le tesi monistiche⁵⁷.

1.3 Stato dell'arte in tema di interpretazione della legittima difesa: *focus* sui singoli requisiti.

Passando, ora, ad esaminare la struttura dell'articolo 52 c.p., si passeranno in rassegna, come anticipato, i singoli requisiti della disposizione, così come interpretati da dottrina e giurisprudenza, allo scopo di verificare come la norma in questione si ponga dinanzi ai casi che qui interessano, di reazione difensiva posta in essere dalle donne vittime di maltrattamenti domestici nei confronti del proprio carnefice, approfittando di circostanze in cui quest'ultimo non rappresenti, almeno nell'immediato, una minaccia incombente.

Per quanto concerne la struttura della legittima difesa, va immediatamente evidenziato come essa risulti edificata su due livelli, di modo che non tutti gli elementi che la compongono rivestano la medesima importanza all'interno dell'articolo 52 c.p.: la necessità, invero, caratterizza l'essenza stessa della scriminante, a differenza di tutti gli altri requisiti - in particolare, l'attualità del pericolo e la proporzionalità - che, invece, rivestono un ruolo secondario, come testimoniato dalla maggiore elasticità con cui vengono interpretati, a seconda della teoria di riferimento⁵⁸.

⁵⁷ Cfr. SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa cit.*, 128

⁵⁸ Cfr. SZEGÖ *Ai confini della legittima difesa. cit.* 11 ss. L'A., in realtà, conduce un discorso di portata molto più ampia, in quanto riconosce la necessità come elemento principale e caratterizzante la struttura della scriminante non soltanto in relazione all'articolo 52 c.p., ma con riferimento all'istituto generale della legittima difesa, tenuto conto della sua origine, nonché evoluzione storica. Proprio in ragione della diversa posizione gerarchica ricoperta dai requisiti in esame, accanto ad un significato relativamente stabile assegnato alla necessità, l'attualità e la proporzionalità sono andate incontro nel corso del tempo ad un mutamento interpretativo che ancor oggi non può dirsi esaurito. Peraltro, la tesi di fondo che permea l'opera dell'A. e che ne ha orientato l'intera attività di ricerca svolta, è proprio quella di dimostrare come l'interpretazione dei requisiti c.d. elastici della legittima difesa dipenda dalla situazione di conflitto che si ritiene di ravvisare alla base della scriminante. A quest'ultimo proposito e facendo

Ciò premesso, al di là del diverso peso che i requisiti costitutivi della legittima difesa rivestono nell'articolo 52 c.p., nel prosieguo della trattazione ci si concentrerà soprattutto su quegli elementi che rilevano maggiormente al fine di inquadrare le ipotesi che si collocano al centro della presente trattazione, individuando il relativo trattamento giuridico: la necessità e la attualità del pericolo.

Inoltre, al fine di dare maggiore logicità alla trattazione, dapprima si esporranno quegli elementi che attengono alla situazione aggressiva e, in un secondo momento, quelli che delimitano la reazione ammessa contro l'attacco.

1.3.a) Il pericolo attuale di una offesa ingiusta ad un diritto proprio o altrui.

L'articolo 52 c.p., nel delineare i connotati che una condotta aggressiva deve possedere per legittimare la reazione difensiva, fa espresso riferimento alla “difesa di un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di una offesa ingiusta”⁵⁹.

espresso riferimento all'articolo 52 c.p., nell'opera si sottolinea come, nonostante la norma in questione, a differenza che in passato, sia stata formulata prescindendo da una specifica forma di conflitto, nondimeno, ad un'analisi maggiormente approfondita, svolta attraverso quelli che l'A., definisce i casi limite, ci si rende conto di come la neutralità della disposizione sia più apparente che reale, atteso che detti casi non trovano una soddisfacente sistemazione al suo interno, rimanendo sforniti di una adeguata tutela. Per esprimere meglio questo concetto, attorno al quale, come detto, si polarizza l'intera attività di ricerca condotta dall'A., è utile ripotare le parole esatte utilizzate dall'autrice medesima: “*Ora, la previsione codicistica si propone, ambiziosamente, come la sintesi e la soluzione di ogni possibile concreto conflitto, quasi che l'evoluzione delle forme di scontro si fosse ormai compiuta e non ne dovessero emergere più di nuove. Quanto quest'ultima illazione si riveli, in realtà, infondata, sarà dimostrato, nel corso del presente lavoro, dall'analisi degli odierni casi limite di legittima difesa*”. Sul punto si veda anche pag. 68, in cui, l'A., dopo aver dato atto che è solo con l'emanazione del codice Rocco che le originarie situazioni conflittuali, alla base delle prime forme di positivizzazione della scriminante, scompaio del tutto, almeno dalla lettera della legge, afferma: “*sebbene la fattispecie dell'articolo 52 non rechi più alcuna traccia delle originarie figure conflittuali, ciò non significa che esse siano definitivamente cancellate, sepolte sotto il peso della norma positiva. Al contrario, esse risultano ben vive e presenti, anche se non immediatamente riconoscibili nella lettera della legge. Ed infatti, sarà la loro immagine a guidare gli studiosi nella ricerca della ratio [...] e sarà l'idea di esse ad influenzare l'interpretazione del significato globale della scriminante, del contenuto e della funzione dei suoi singoli elementi e dell'importanza che essi rivestono rispetto al nucleo centrale formato dalla situazione di necessità*”

⁵⁹ Osserva SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 353-354 come il requisito del pericolo costituisca una novità del codice Rocco, in quanto il previgente codice Zanardelli, tra i requisiti della scriminante, annoverava la “violenza” attuale, con la conseguenza che il perimetro applicativo della causa di giustificazione era ancora più ristretto rispetto all'attuale.

Cominciando ad esaminare la natura della posizione giuridica che, se in pericolo di essere lesa, consente di agire in legittima difesa, va rilevato che, secondo l'opinione maggioritaria, l'espressione utilizzata dal legislatore deve essere intesa in senso ampio, ovvero non limitata ai soli diritti soggettivi⁶⁰.

Si reputa, infatti, che proprio la genericità dei termini impiegati dal legislatore per descrivere tale posizione legittimi l'adozione di un'interpretazione estensiva che ricomprenda all'interno della parola "diritto", oltre appunto ai diritti soggettivi, anche gli interessi legittimi e tutte le altre figure giuridiche contemplate dall'ordinamento, con esclusione dei soli interessi di fatto, trattandosi di situazioni del tutto sfornite di tutela legale⁶¹.

Quanto alla condotta aggressiva, si deve trattare di un'azione umana⁶² che, in presenza di determinate circostanze, può anche assumere la forma omissiva⁶³.

In particolare, in dottrina si reputa che rilevino ai sensi dell'articolo 52 c.p., oltre, naturalmente, alle condotte attive, anche quelle su cui si fonda il rimprovero penale per i reati omissivi impropri, posto che, ai sensi dell'articolo 40 comma 2 c.p., l'omissione è

⁶⁰ Cfr. F. e M. SARNO, *L'evoluzione della legittima difesa*, Milano, 2008, 23 ss.

⁶¹ Sul punto cfr. GIOVAGNOLI, *Studi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2008, 780-781. L'autore sottolinea, inoltre, come, in base all'attuale formulazione dell'articolo 52, non sia più revocabile in dubbio che possano essere salvaguardati attraverso la scriminante in questione interessi di natura, oltre che personale, patrimoniale, sebbene qualche dubbio permanga con riferimento ai diritti di credito che hanno ad oggetto un *non facere* o un *dare*. In tali ipotesi, invero, non è infrequente assistere ad una totale incapacità degli strumenti predisposti dall'ordinamento - in particolare, sequestri conservativi/giudiziari, cautelare ex art. 700 c.p.c. - di fronteggiare il pericolo di lesione per la posizione giuridica del privato, il quale verrebbe, dunque, praticamente sempre autorizzato ad agire in legittima difesa in questi casi, sovvertendo così il rapporto di regola a eccezione, per quanto concerne il monopolio statale nell'utilizzo della forza, che caratterizza la *ratio* dell'articolo 52 c.p. nell'opera viene, inoltre, sottolineato come le posizioni giuridiche che consentono l'azione difensiva da parte dell'agredito devono sempre far capo a un soggetto ben determinato, anche se ciò non implica la coincidenza tra chi ha subito l'offesa - o il suo pericolo di verificazione - e colui che reagisce, essendo pacificamente ammesso nel nostro ordinamento il c.d. soccorso di necessità. Di conseguenza, tutte le volte in cui siano messi in pericolo beni della collettività, e cioè a titolarità diffusa -come, ad esempio, l'ambiente, l'economia pubblica, il buon costume - al privato cittadino non è consentito agire in legittima difesa, posto che, altrimenti, gli verrebbe riconosciuta la facoltà di ingerirsi negli affari pubblici, sostituendosi allo Stato, in contrasto con la *ratio* che anima scriminante. Sul punto cfr. ROMANO-GRASSO- PADOVANI, *Commentario sistematico al codice penale* cit., 555.

⁶² Si discute, tuttavia, se in alcuni casi sia consentito agire in legittima difesa di fronte ad attacchi che provengono da animali o cose. Una parte della dottrina, a riguardo, ha affermato che in dette ipotesi può essere invocato l'articolo 52 c.p. perché si accerti che sull'animale o sulla cosa responsabili dell'intrusione nell'altrui sfera giuridica vi sia esercizio di un potere di controllo da parte di una persona umana. Sulla questione si veda per tutti FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale* cit., 283.

⁶³ Per un'analisi approfondita della compatibilità della legittima difesa con una condotta omissiva si rimanda a PADOVANI, *La condotta omissiva nel quadro della legittima difesa* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 693 ss.

in tal caso equiparata ad una vera e propria azione. Considerazioni, in parte diverse, valgono, invece, per le c.d. condotte omissive proprie, ovvero quelle che, in presenza di determinati presupposti, integrano una fattispecie penalmente rilevante per il semplice fatto di trasgredire ad un obbligo di fare, senza che sia necessario che si verifichi un evento, quale conseguenza dell'omissione medesima. In tali casi, infatti, la condotta può dare luogo ad una reazione difensiva solo ove abbia cagionato oppure aggravato una situazione di pericolo per l'altrui diritto⁶⁴.

L'aggressione deve, inoltre, essere ingiusta, ovvero, secondo l'opinione maggioritaria, inferta non solo *contra ius* - con ciò intendendosi la lesione di una posizione giuridicamente tutelata dall'ordinamento - ma anche *non iure*, nel senso che difetta dell'autorizzazione da parte di qualsivoglia previsione normativa⁶⁵.

Sulla scorta di tali premesse, dovrà dunque essere esclusa la possibilità di invocare l'articolo 52 c.p. tutte le volte in cui l'aggressione sia stata posta in essere *iure*, ovvero nell'esercizio di una facoltà legittima o durante l'adempimento di un dovere: in entrambe le ipotesi, invero, la condotta risulta autorizzata a monte da una previsione legislativa, sicché, al titolare del diritto in pericolo di lesione è preclusa qualsivoglia forma di reazione difensiva, difettando uno degli estremi cui è subordinata la produzione dell'effetto scriminante⁶⁶.

⁶⁴ Cfr. GIOVAGNOLI, *Studi di diritto penale* cit., 779-780. In maniera più approfondita, PADOVANI, *La condotta omissiva* cit., 675.

⁶⁵ Cfr. PADOVANI, (voce) *Difesa legittima* cit., § 7; GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, 1964, 139. In senso contrario si veda PAGLIARO, *Il reato in Trattato di diritto penale* (diretto da) GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO, Milano, 2007, 274, secondo cui il carattere ingiusto dell'offesa dipenderebbe da "*valutazioni sociali di ingiustizia che costituiscono il substrato sostanziale del nostro ordinamento giuridico*". Sulla questione è interessante anche quanto sottolineano MARINUCCI-DOLCINI, *Codice penale commentato* (diretto da) DOLCINI-GATTA, Ipsa, 2015, 787, ovvero che, l'ingiustizia dell'offesa cui fa riferimento l'articolo 52 c.p. deve essere intesa in senso diverso dall'omologa espressione contenuta nell'articolo 62 n.2 c.p., nonché nell'articolo 599 c.p., entrambi riferiti alla circostanza attenuante della provocazione. In questo ultimo caso, infatti, l'ingiustizia che determina la reazione del soggetto agente deve essere valutata alla luce, oltre che delle norme giuridiche, anche di quelle morali e sociali, in conformità del diverso ambito in cui opera l'attenuante *de qua*. Invero, quand'anche si riconosca che il soggetto ha agito nello stato d'ira determinato dal fatto ingiusto altrui, si assiste ad una semplice diminuzione del trattamento sanzionatorio che può essere in concreto irrogato nei suoi confronti, con la conseguenza che il carattere illecito della condotta non viene affatto scalfito, come accade, invece, in presenza di una causa di giustificazione. Dunque, è proprio il minor impatto dell'attenuante in punto di elisione delle conseguenze da reato a giustificare un ampliamento dei confini del concetto di ingiustizia dell'offesa, facendovi confluire anche norme extragiuridiche.

⁶⁶ Così MARINUCCI-DOLCINI, *Codice penale commentato* cit., 788-789. Gli autori osservano come un'ipotesi particolarmente problematica sia costituita dai casi in cui l'aggressione provenga da un soggetto che agisce in stato di necessità, atteso che non vi è uniformità di vedute fra gli interpreti in

Per quanto concerne, poi, la problematica già affrontata nei capitoli precedenti, ovvero se sia sussumibile entro il perimetro dell'articolo 52 c.p. la condotta di colui che reagisca contro un'aggressione proveniente da un soggetto incolpevole o altrimenti non assoggettabile a sanzione penale, si rileva che, secondo l'impostazione prevalente, l'effetto scriminante si verifica egualmente, in virtù dell'efficacia esclusivamente oggettiva delle cause di giustificazione⁶⁷.

Secondo un'impostazione parzialmente differente, ma che conduce a degli identici risultati applicativi, in questi casi la reazione difensiva si giustifica sulla scorta del rilievo che la legittima difesa rappresenta una sanzione autonoma rispetto a quella penale, munita di propri presupposti, fra i quali non figurano né il coefficiente psicologico del soggetto agente, né la sua capacità di intendere e volere⁶⁸.

In altri termini, non vi sarebbe piena coincidenza tra il concetto di «ingiustizia» cui fa riferimento l'articolo 52 c.p. e quello di «illiceità penale», nonostante l'affinità semantica dei relativi termini sembri suggerire un legame più stretto⁶⁹.

D'altro canto, una simile interpretazione appare pienamente compatibile con la lettera dell'articolo 52 c.p., posto che l'ingiustizia dell'offesa conserva comunque un proprio

merito alla individuazione della natura giuridica della figura *de qua*. Tuttavia, facendo applicazione delle premesse di cui sopra, è facilmente intuibile come l'operatività della legittima difesa venga riconosciuta da parte di coloro che annoverano l'articolo 54 c.p. fra le cause di giustificazione, mentre una soluzione diversa s'impone per coloro che reputano lo stato di necessità alla stregua di una causa di esclusione della colpevolezza. Per una soluzione intermedia si veda GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità* cit., 154 e 362, il quale, pur riconoscendo che lo stato di necessità presenti talune peculiarità rispetto alle altre cause di giustificazione contemplate dall'ordinamento - in particolare, produce un effetto scriminante che non è valido per l'intero ordinamento giuridico, ma solo per quello penale, atteso che l'articolo 54 c.p. non fa venir meno l'obbligo civilistico di indennizzare tutti i danni verificatosi in conseguenza del reato -, tuttavia, in sua presenza, non esclude la configurabilità della legittima difesa, in considerazione del suo carattere oggettivamente lecito, sia pur limitatamente al solo settore penale. In senso contrario cfr. PADOVANI (voce) *Difesa legittima* cit., § 7, secondo cui, proprio la circostanza che lo stato di necessità non faccia venire meno l'obbligo di indennizzo costituisce la dimostrazione di come la condotta tenuta *sub art 54 c.p.* non sia approvata dall'ordinamento, ma meramente tollerata: “*il fatto necessitato, benché sia tollerato in ambito penale, non corrisponde all'esercizio di una facoltà legittima che sancisce la prevalenza assoluta dell'interesse salvato su quello offeso*”.

⁶⁷ ROMANO-GROSSO-PADOVANI, *Commentario sistematico al codice penale* cit., 556; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale* cit., 284; MANTOVANI, *Diritto penale* cit., 253. Secondo detti autori, in tali ipotesi si configura ugualmente la legittima difesa, in quanto l'antigiuridicità viene considerata un presupposto minimo per la applicabilità di qualsiasi tipo di sanzione.

⁶⁸ GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità* cit., 138

⁶⁹ Così PADOVANI, (voce) *Difesa legittima* cit., § 7: “*per sottolineare la autonomia della qualifica di ingiustizia rispetto alla illiceità penale, si è proposto di identificarla con l'antigiuridicità obiettiva della condotta [...] Dovrebbe allora reputarsi ingiusta l'offesa in contrasto obiettivo con le esigenze dell'ordinamento, ed in questo senso, dunque, contra ius*”.

significato, diverso rispetto a quello racchiuso all'interno dell'espressione che fa riferimento al pericolo di verifica di una lesione ad "un diritto proprio o altrui".

Come è stato osservato da un'attenta dottrina, la circostanza che l'aggressione s'indirizzi nei confronti di una posizione giuridica qualificabile come diritto non dice ancora nulla in merito al carattere di tale aggressione; è, infatti è solo con l'aggiunta del requisito della ingiustizia -riferito all'offesa- che si è in grado di comprendere quali siano le condotte contro cui è ammessa la reazione difensiva e, cioè, quelle che, da un punto di vista esclusivamente obiettivo, si pongono in contrasto con i precetti dell'ordinamento⁷⁰.

Si può, dunque, affermare che «l'ingiustizia dell'offesa» e la «lesione del proprio o altrui diritto», pur esprimendo concetti tra loro differenti, costituiscono due facce della stessa medaglia: con la prima espressione si adotta l'angolo visuale dell'agredito, mentre con la seconda si prende a riferimento la posizione dell'agredito. Entrambe le prospettive, tuttavia, sono necessarie al fine di descrivere compiutamente la situazione da cui origina la causa di giustificazione della legittima difesa.

Dalla condotta sopra descritta - attiva o anche, in alcuni casi, omissiva, *contra ius* e non *iure datum* - deve svilupparsi il pericolo attuale di un'offesa ingiusta ad un diritto proprio o altrui, pericolo che, dunque, rispetto alla condotta medesima, si pone in rapporto causa-effetto.

Si è già detto come debba essere intesa l'espressione «diritto proprio o altrui», pertanto, in questa sede, occorre concentrarsi, dapprima, sulla nozione di pericolo e, successivamente, su quella di attualità del medesimo.

Per quanto concerne la nozione di pericolo, diversi sono gli interrogativi affrontati dagli studiosi, a cominciare dalla sua natura - ovvero se si tratti di un elemento oggettivo oppure di uno che rileva esclusivamente nella psiche del soggetto agente - e dall'individuazione del parametro di riferimento da impiegare per accertare l'esistenza.

⁷⁰ PADOVANI, (voce) *Difesa legittima* cit., § 7. L'A, per meglio spiegare il concetto, ricorre all'esempio del poliziotto che dà esecuzione ad un ordine di arresto. In tal caso, infatti, è innegabile che l'arrestato subisca una lesione al proprio diritto di libertà personale, ma egualmente egli non è legittimato ad agire nei confronti del poliziotto, atteso che quest'ultimo pone in essere un'offesa *iure datum*, ovvero autorizzata dall'ordinamento, nello specifico dall'articolo 51 c.p. (adempimento di un ordine legittimo proveniente dalla pubblica autorità).

Sotto il primo profilo, ovvero quello relativo alla natura del pericolo, gli interpreti sono ormai unanimemente concordi nel ritenerla esclusivamente oggettiva, trattandosi di una situazione naturalistica che deve trovare effettivo riscontro nella realtà⁷¹.

Del resto, tale soluzione collima con la posizione che il pericolo riveste all'interno della struttura della legittima difesa, trattandosi di un evento, ovvero di una modificazione della realtà fenomenica, in rapporto di causalità con la condotta tenuta dall'aggressore.

In merito a quest'ultima affermazione, va tuttavia osservato che non è unanimemente condivisa l'assimilazione del pericolo di cui all'articolo 52 c.p. all'istituto di parte generale, la conseguenza è che non poche discussioni sono sorte in merito alla prospettiva da assumere nel condurre il giudizio prognostico che porta all'accertamento dell'esistenza del pericolo medesimo.

Invero, la dottrina meno recente⁷² si è mostrata propensa verso un giudizio *ex ante* che tenga conto esclusivamente delle circostanze conosciute, o comunque conoscibili attraverso un normale sforzo di diligenza, da parte del soggetto agente, con la conseguenza che, secondo tale impostazione, non vi sarebbe alcuna differenza tra il pericolo contemplato dall'articolo 52 c.p. e l'istituto di parte generale del diritto penale che costituisce una delle modalità con cui l'evento criminoso può manifestarsi.

Sul punto va però precisato che, pur adottando una prospettiva *ex ante*, rientrano nella base del giudizio prognostico anche le circostanze conosciute *ex post* - ad esempio, durate lo svolgimento del dibattimento -, purché si dimostri che esse fossero già presenti al momento dell'azione, posto che il giudizio in parola risulta pur sempre diretto ad accertare l'esistenza di un elemento oggettivo del reato⁷³.

Secondo l'impostazione della dottrina più moderna, invece, l'ottica con cui procedere all'accertamento della sussistenza del pericolo di offesa ingiusta deve necessariamente

⁷¹ Cfr. GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità* cit., 61. Sottolinea il punto anche BATTAGLINI, *Sulla legittima difesa* in Riv. it. dir. pen., 1933, 339

⁷² Il dato è evidenziato da SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 352

⁷³ Sul punto si rimanda a MARINUCCI, (voce) *Cause di giustificazione* cit., 137, il quale sottolinea come il giudice nel condurre il giudizio prognostico in questione, pur se deve riportarsi mentalmente al momento in cui è stato posto in essere il fatto di reato, nondimeno deve fare impiego di tutte le conoscenze, sia fattuali sia scientifiche, disponibili al tempo del giudizio. In senso contrario, però, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2003, 235 ss., secondo cui, nella base del giudizio prognostico relativo all'accertamento del pericolo di offesa di un diritto altrui devono rientrare solamente le circostanze conosciute o conoscibili mediante l'impiego dell'ordinaria diligenza da parte del soggetto agente, con esclusione di quelle, pur oggettivamente presenti al momento dell'azione, accertate solo *ex post*.

essere quella *ex post*, in quanto, diversamente opinando, non si coglierebbe più la distinzione tra legittima difesa e legittima difesa putativa.

Invero, le ipotesi di legittima difesa putativa si caratterizzano proprio per l'esistenza dei requisiti costitutivi della scriminante soltanto nella mente del soggetto agente, senza che trovino alcuna corrispondenza nella realtà; pertanto, se si dovessero tenere in considerazione ai fini del giudizio prognostico anche quegli elementi fenomenologici dati inizialmente per presupposti, ma che, successivamente, si sono rivelati inesistenti, si accerterebbe l'esistenza non già della legittima difesa *tout court*, bensì di quella putativa⁷⁴.

Poiché il legislatore ha distinto le due ipotesi di legittima difesa, disciplinandole in articoli separati del codice penale, ne deriva che l'adozione di un parametro *ex ante* nelle ipotesi *de qua* si pone in contrasto con le scelte operate dal legislatore medesimo.

Se queste son le premesse da cui muove l'orientamento esposto, ne discende, quale conseguenza obbligata, che tutte le volte in cui uno degli elementi costitutivi della legittima difesa, inizialmente dato per esistente, risulti, in realtà essere un mera proiezione della psiche dell'agredito, per quanto detta proiezione possa apparire ragionevole agli occhi di un individuo dotato di un livello medio di diligenza e di conoscenza, non può riconoscersi la configurabilità degli estremi dell'articolo 52 c.p.⁷⁵.

Di contro, si configura la legittima difesa nell'ipotesi in cui i relativi elementi costitutivi risultino integrati solo *ex post*, difettando, invece, nel momento in cui è stata posta in

⁷⁴ Fra i fautori di questo orientamento GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità cit.*, 69 ss.; PADOVANI (voce) *Difesa legittima cit.*, § 3; FROSALI, *Sistema penale italiano*, II, 1958, 293 ss.

⁷⁵ Per una critica a tale impostazione proveniente da un autore che può essere annoverato tra i moderni cfr. DE VERO, *Le scriminanti putative* in *Riv. it dir. Pen.*, 1998, 794 ss. L'A. reputa che la parziale coincidenza tra l'articolo 52 e l'articolo 59 c.p., sia destinata a dissolversi alla luce di una valutazione maggiormente approfondita della questione, posto che, al di là della maggiore o minore ampiezza della base di giudizio presa a riferimento, rimane il fatto che le due norme si muovono in due ambiti ben distinti, rispettivamente, quello reale e quello putativo: "Se Tizio reagisce contro Caio che gli punta un'arma da fuoco con la chiara intenzione di esplodere un colpo e l'arma risulta a posteriori scarica, chi ritiene che la situazione di pericolo debba accertarsi secondo gli ordinari canoni della prognosi postuma affermerà senz'altro la sussistenza di una legittima difesa "reale"; ma non per questo debbono ritenersi esauriti - come pretende l'opinione sopra riportata - i margini di configurabilità della scriminante "putativa" (non colposa), che ricorrerà, ad esempio, ove Tizio, per errore scusabile, scambi per un'arma da fuoco l'oggetto inoffensivo rivolto contro di lui dal presunto aggressore". L'A. sgombera, inoltre, il campo da un'ulteriore critica che viene mossa all'impostazione in esame, fondata sul rilievo che la prognosi postuma *ex ante* contrasta con la natura oggettiva delle cause di giustificazione, osservando come tale tipo di giudizio venga pacificamente ammesso con riferimento ad elementi che appartengono alla struttura oggettiva del reato, come appunto l'evento di reato rappresentato dal pericolo di lesione.

essere la condotta difensiva, in conformità al carattere oggettivo, tipico di tutte le cause di giustificazione, scolpito nel comma 1 dell'articolo 59 c.p.

Per quanto concerne, invece, l'individuazione del parametro, del metro di giudizio, attraverso il quale verificare l'esistenza del pericolo, va dato atto di come ormai l'opinione prevalente attribuisca esclusiva rilevanza ad una nozione di probabilità di lesione - nozione questa insita nel concetto stesso di pericolo, in contrapposizione a quello di danno, in cui, invece, la lesione è certa nella sua verifica - tratta dall'esperienza di ciò che accade generalmente al verificarsi di determinate circostanze (*id quod plerumque accidit*)⁷⁶.

In altri termini, la probabilità che rileva ai sensi dell'articolo 52 c.p. non è quella matematico-statistica, in grado di quantificare esattamente il coefficiente numerico relativo alle *chances* di verifica di un determinato evento in presenza di determinati presupposti, ma è quella tratta dall'osservazione della realtà che collega in una relazione causa-effetto due avvenimenti A e B, semplicemente basandosi sul rilievo che, in certo numero di casi, all'evento A segue B⁷⁷.

Infine, l'elemento che maggiormente caratterizza la condotta aggressiva, descrivendo con un maggior grado di dettaglio la portata delle conseguenze che ne derivano, è costituito dall'attualità del pericolo.

L'interpretazione di tale requisito, rispetto agli altri della legittima difesa - in particolare rispetto a quello della proporzione, come si vedrà - si è mantenuta piuttosto stabile nel corso del tempo, indicando, in maniera più o meno sfumata⁷⁸, un rapporto di prossimità cronologica tra due eventi, in rapporto di causa-effetto.

⁷⁶ Cfr. PADOVANI, *(voce) difesa legittima* cit., §3.

⁷⁷ Sul punto si veda anche GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità* cit., 66 che, al fine di concretizzare il parametro da impiegare per accertare lo stato di pericolo, fa riferimento non già al sapere scientifico, bensì a c.d. modello dell'uomo medio, ovvero ad un individuo dotato di un livello medio di conoscenze e di capacità, idealmente collocato sulla scena del delitto, onde appurare se, date circostanze concrete, egli avrebbe previsto o meno il verificarsi dell'evento di danno. D'altro canto, osserva l'A., tale soluzione si impone in considerazione della natura umana dell'azione che viene in rilievo ogni qualvolta si deve fare applicazione dell'articolo 52 c.p., posto che, diversamente, il parametro di riferimento verrebbe ad essere disomogeneo rispetto ai dati fenomenici che vengono in considerazione ai fini del giudizio prognostico.

⁷⁸ Il dato è sottolineato da SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 354; 358-359. L'A., inoltre, sottolinea la singolarità di tale dato, posto che, secondo tutte le teorie elaborate in tema di legittima difesa, l'attualità rappresenta un requisito quasi in contrasto con la stessa *ratio* individuata alla base della scriminante: "Si tratta, dunque, di autori diversi, appartenenti a diverse (se non, addirittura, opposte) correnti di pensiero che, inaspettatamente, superano le loro divergenze (che viceversa rimangono, e assai

In particolare, il requisito in esame è stato autorevolmente definito - con una formula, che, tenuto conto della stabilità interpretativa di cui si è detto, può considerarsi pienamente rappresentativa del pensiero degli studiosi elaborato sul punto - come “*rapporto eziologico in itinere e prossimo a realizzare il danno*”, come concetto che “*comprende l'esistenza di un rapporto di quasi immediatezza cronologica tra il verificarsi dei fattori causali dell'evento e l'evento stesso*”⁷⁹.

L'attualità sta dunque ad indicare che né il pericolo passato né quello futuro sono compatibili con la legittima difesa⁸⁰, posto che, nel primo caso, vi è il rischio concreto di una commistione tra la scriminante *de qua* e la vendetta, mentre, nel secondo caso, non vi sarebbero i presupposti per reagire in difesa, essendo pur sempre possibile, data

evidenti, in ordine al significato attribuibile all'elemento della proporzione), trovando un punto di comune accordo nell'interpretazione del requisito dell'attualità”. In effetti, analizzando il modo di concepire detto requisito da parte dei fautori delle diverse teorie elaborate sulla *ratio* della legittima difesa, non si riscontrano delle macroscopiche divergenze. Già MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, II, cit., 388, uno dei più autorevoli esponenti della concezione monistica pubblicistica, intende l'attualità come sinonimo di imminenza, ovvero di un'azione già in corso nel momento in cui l'agredito si difende. Alcuni autori successivi, tuttavia, hanno contestato l'equivalenza tra il concetto di pericolo attuale/imminente e pericolo presente, sottolineando come ciascuno di detti termini sottenda una propria sfumatura concettuale, da non trascurare. In particolare, PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, 1940, 18 ss. sottolinea come il pericolo attuale si differenzi da quello imminente sotto il profilo quantitativo, dal momento che il primo sta ad indicare un pericolo che è in corso, che si sta realizzando nel momento stesso in cui si tiene la condotta difensiva, mentre il secondo si riferisce ad un pericolo che non si è ancora manifestato in tutta la sua interezza nella realtà, potendo essere ancora lontano dall'effettiva verifica. Dunque, secondo il pensiero dell'A., il pericolo attuale e quello imminente non coincidono, in quanto questo esprime un livello di probabilità di verifica del fatto lesivo quantitativamente superiore rispetto all'altro, attesa la sua maggiore vicinanza cronologica all'evento offensivo. Infine, osserva sempre l'A., tanto l'attualità quanto la imminenza risultano riconducibili all'interno della più ampia categoria del pericolo presente, che sta ad indicare la sussistenza, nel caso concreto, di tutti gli elementi sulla cui scorta condurre il giudizio prognostico in merito all'esistenza del pericolo, senza ulteriori specificazioni. Pertanto, possono darsi dei casi in cui il pericolo, pur presente, non riveste carattere né di attualità né di imminenza, perché, ad esempio, non ancora in procinto di realizzarsi. In senso parzialmente contrario si veda GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità* cit., 77 ss., ove si contesta che la categorizzazione del pericolo a seconda del livello di prossimità cronologica di verifica dell'evento di pericolo rivesta un'effettiva portata pratica, in considerazione delle difficoltà che, all'atto pratico, si incontrano inevitabilmente nel distinguere tra una forma e l'altra di pericolo.

⁷⁹ PADOVANI, *La condotta omissiva nel quadro della legittima difesa* cit., 691, 706.

⁸⁰ Così ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale* cit., 296. Tuttavia, F-M SARNO, *L'evoluzione della legittima difesa* cit., 14 osservano come, a ben vedere, la contrapposizione tra pericolo attuale e futuro non sia del tutto corretta, atteso che è insito nel concetto stesso di pericolo il riferimento ad un evento che non si è ancora realizzato nella realtà e che, dunque, si colloca in una dimensione temporale futura.

la distanza cronologica tra la condotta offensiva e l'evento offensivo, invocare l'intervento dell'autorità pubblica⁸¹.

Addentrandosi maggiormente all'interno del concetto di attualità, si può affermare che, per consolidato orientamento, sono riconducibili ad esso due distinte tipologie di situazioni: la prima che si ha nelle ipotesi in cui l'offesa non si è ancora manifestata, in quanto l'aggressione, pur essendo in procinto di realizzarsi, non si è ancora verificata e la seconda che si configura, invece, in tutti quei casi in cui l'attacco è già in corso e necessita di essere respinto o, quantomeno, arginato nelle conseguenze lesive⁸².

Alla stregua di tali premesse, la dottrina dominante nega la configurabilità della legittima difesa di fronte ad un male minacciato solo verbalmente alla vittima e ciò anche quando, stando alle parole dell'aggressore, l'inflizione di tale male sia di prossima verifica (si pensi alla pronuncia della seguente frase: “*adesso ti ammazzo!*”), atteso che, finché non vi siano degli elementi più concreti per ritenere che la minaccia stia per tramutarsi in realtà, il giudizio prognostico che deve essere svolto, in questi casi, non può avere esito positivo⁸³.

Quanto sottolineato, introduce un'altra questione su cui si è ampiamente dibattuto soprattutto in dottrina, ovvero se l'attualità possa essere considerata come un sinonimo dell'idoneità cui fa riferimento l'articolo 56 c.p. nel fornire la definizione penalmente rilevante del tentativo di reato.

Infatti, se come visto sino ad ora, il pericolo di cui all'articolo 52 c.p. esprime la ragionevole o rilevante probabilità che, in presenza di una determinata condotta e dati determinati presupposti, si produca un determinato evento, lesivo per una posizione

⁸¹ Si è già detto come questo aspetto accomuni le diverse tesi che sono state sviluppate in merito al fondamento della legittima difesa, per cui si rinvia alla nota n. 101.

⁸² F-M SARNO, *L'evoluzione della legittima difesa* cit., 15. Gli attori riportano, a titolo meramente esemplificativo, il caso del ladro che, pur essendosi già impossessato della *res* sottratta, viene inseguito immediatamente dopo dal proprietario, allo scopo di impedire che si consolidi il dominio del reo sul bene. L'ammissibilità della legittima difesa nell'ipotesi de qua ha costituito oggetto di una risalente pronuncia delle S.U. della Corte di Cassazione, secondo cui, in presenza di un'aggressione in corso, è scriminata quella condotta difensiva volta ad impedire che l'offesa al bene giuridico assuma delle dimensioni maggiori, perché, tuttavia, si accerti che l'aggressione non si sia già esaurita.

⁸³ Cfr. F-M SARNO, *L'evoluzione della legittima difesa* cit., 15-16: “*Neppure nel caso in cui l'aggressione venga prospettata come imminente si può parlare di pericolo attuale, a meno che il minacciante manifesti, con la propria condotta, di essere realmente intenzionato a mettere in pratica il proposito lesivo (ad esempio, mettendo la mano nella tasca dove si trova l'arma, ovvero alzando il braccio contro l'imputato e così via)*”.

giuridica determinata, ecco che l'accostamento ad esso dell'aggettivo attuale suggerisce di tracciare un parallelo con l'espressione, contenuta appunto nell'articolo 56 c.p., "*atti idonei diretti*".

La soluzione al quesito non è di poco conto, in quanto, qualora la risposta fosse positiva, si assisterebbe ad un ampliamento notevole dei confini della legittima difesa, la quale verrebbe così concepita anche dinnanzi agli atti preparatori di un delitto, senza dover attendere che ne sia cominciata l'esecuzione, come richiedeva, in tema di tentativo, il codice Zanardelli prima che, con l'emanazione dell'attuale codice, venisse impiegata l'attuale formulazione dell'articolo 56 c.p.⁸⁴. Del resto, il parallelo in esame ben si concilia con la simmetrica modificazione subita dalla norma in tema di legittima difesa durante il passaggio dal vecchio al nuovo codice penale, essendo ora espressamente previsto che, in seguito all'aggressione, si sviluppi non più una "*violenza*", bensì il pericolo di un "*offesa ingiusta*".

Se si tiene però conto dell'evoluzione interpretativa che ha subito il requisito dell'idoneità degli atti, con cui in buona sostanza si sono neutralizzati gli effetti della nuova definizione del tentativo di reato introdotta con il codice Rocco, facendo coincidere, ad onta del tenore letterale della disposizione, la soglia del penalmente rilevante con la commissione del primo atto esecutivo - o di quello immediatamente

⁸⁴ A favore dell'equiparabilità dell'attualità del pericolo al concetto di idoneità di cui all'articolo 56 c.p. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione* cit., 283 ss. Sembra, invece, sostenere una tesi di segno contrario ROMANO-GROSSO-PADOVANI, *Commentario sistematico al codice penale* cit., 555, laddove afferma che "*l'espressione legislativa prescinde dal tentativo o dalla consumazione: è già pericolo attuale il subito dopo l'offesa, se questa può essere ancora neutralizzata nei suoi effetti, o contenuta; non si ha legittima difesa, invece, nel caso di pericolo solo futuro, né di pericolo del tutto esaurito*". In senso critico rispetto a tale definizione cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Codice penale commentato* cit., 779, i quali osservano come essa sia fonte di equivoci per la sua ambiguità, dal momento che: "*Delle due, infatti, l'una: o l'offesa non si è ancora compiutamente prodotta, ed allora l'azione difensiva dovrà ritenersi lecita; o, viceversa l'offesa si è già consumata, ed allora l'uso della forza da parte della vittima rappresenterà una forma di autotutela vietata dall'ordinamento, in relazione alla quale non resterà spazio che per l'attenuante della provocazione*". Sul punto SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 391-392 aggiunge come la sostanziale sovrapposizione dell'attualità del pericolo al concetto di idoneità si sposi alla perfezione con la c.d. concezione sanzionatoria della legittima difesa, dal momento che, in tal modo, si riconoscerebbe in capo al privato la facoltà di agire in legittima difesa contro l'aggressore con la medesima estensione con cui allo Stato è concesso di sanzionare il cittadino che abbia trasgredito ai propri precetti. Inoltre, possibilità di reagire contro condotte che si collocano ancora in stadio, per così dire, preparatorio, prodromico rispetto all'effettiva realizzazione, si spiega agevolmente proprio alla luce del concetto stesso di sanzione e delle sue funzioni: mediante l'applicazione della pena, infatti, si punisce una condotta illecita e, al contempo, si dissuadono tutti gli altri consociati dal tenere dei comportamenti analoghi, prevenendo, dunque, la commissione di ulteriori fatti criminosi.

antecedente - della fattispecie tipica, ecco che viene meno la possibilità di un esame congiunto del requisito dell'attualità del pericolo e di quello della idoneità degli atti⁸⁵.

Per quanto concerne, invece, la posizione della giurisprudenza sul punto - la cui analisi acquista un'importanza fondamentale onde individuare il concreto trattamento giuridico riservato ai casi oggetto della presente attività di ricerca -, essa interpreta l'attualità nei termini appena esposti, pur se al suo interno è possibile rintracciare una maggiore oscillazione di vedute a riguardo, passando da una posizione di maggiore rigore ad una più lasca, senza, tuttavia, mai dare la stura ad una sovrapposizione, neppure parziale, di tale concetto con quello di pericolo, sia passato che futuro.

In particolare, secondo l'orientamento meno estensivo, la configurabilità della causa di giustificazione deve essere esclusa nel caso in cui l'aggressione si sia arrestata ad un piano verbale, senza che l'agente sia passato, per così dire, all'azione⁸⁶, anche se in altre sentenze coeve si è avuto cura di specificare che, affinché ricorrano gli estremi dell'articolo 52 c.p., non è necessario che l'offesa sia concretamente in corso di esecuzione, altrimenti verrebbe tacitamente abrogata la lettera della norma, la quale richiede l'accertamento di un *pericolo di lesione* e non già di una *lesione tout court*⁸⁷.

Le sentenze che, invece, adottano un approccio meno rigoroso nell'interpretare l'attualità, pongono l'accento sul fatto che non rientra nel novero della fattispecie

⁸⁵ Tuttavia, SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 393, pone in luce come l'ammissibilità della legittima difesa preventiva non sia egualmente ammessa dai sostenitori della concezione sanzionatoria, aggiungendo come, tale dato, si ponga in contrasto con le soluzioni fornite da tale tesi in relazione a taluni casi specifici, in cui è stato riconosciuto l'effetto scriminante pur in presenza di un pericolo ormai passato. Il riferimento è all'aggressione compiuta dal c.d. *fur nocturnus*, ovvero dal ladro che, nottetempo, s'introduce nell'abitazione altrui al fine di impossessarsi di tutti i beni ivi rinvenuti: in tale ipotesi, anche in base alla teoria sanzionatoria, è ritenuta eccezionalmente ammessa la legittima difesa. Quanto alla figura del *fur nocturnus*, posto che esula dalle finalità del presente elaborato ogni velleità di tipo storico-ricostruttivo, in questa sede è sufficiente osservare come esso rappresenti una delle figure tipiche prese in considerazione dal diritto romano, al fine di delimitare i casi in cui fosse possibile agire in legittima difesa; secondo quanto previsto dalle leggi delle XII tavole, "*si nox fortum faxit, si im occisit, iue caeso esto; luci, si se telo defendit, endoque plorato*" - *chi tenta alla proprietà dei beni merita la morte, se agisce di notte; se il furto ha luogo di giorno, la reazione letale del proprietario è consentita, a patto che l'aggressore resista a mano armata e che la persona aggredita chieda aiuto* ". Per un'approfondita disamina di come tale modello abbia influito non solo sul diritto romano, ma anche in epoche successive, trovando persino echi in tempi moderni, si rimanda sempre a SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., in particolare pag. 14 ss. e 130-131.

⁸⁶ Cass. 8 aprile 1959 in *Rep. Foro it.*, 1960, 33.

⁸⁷ Cass. 25 febbraio 1954 n. 590.

scriminante la condotta realizzata quando ormai il pericolo si è esaurito perché, ad esempio, l'aggressore si è dato alla fuga, si è allontanato, oppure ha voltato le spalle⁸⁸.

Dette pronunce, inoltre, al fine di accertare l'esistenza dell'attualità del pericolo, rispetto al previgente orientamento, assegnano un ruolo non secondario alle circostanze concrete in cui è avvenuta la reazione difensiva, con la conseguenza che viene esclusa l'applicabilità dell'articolo 52 c.p. facendo leva sul carattere meramente ipotetico del pericolo più che sulla sua dimensione temporale⁸⁹.

1.3b) L'interpretazione del requisito dell'attualità nei reati abituali.

Poiché nei casi al centro della presente attività di ricerca le condotte illecite contro cui si reagisce in difesa sono rappresentate da un reato abituale, ovvero i maltrattamenti in famiglia (cfr. art 572 c.p.), un'attenzione particolare deve essere riservata al modo di atteggiarsi, secondo il prevalente orientamento dottrinale e giurisprudenziale, del requisito dell'attualità del pericolo di fronte a dette ipotesi.

Come noto, i reati abituali si caratterizzano per una reiterazione nel tempo della medesima condotta tipica, giacché un singolo episodio delittuoso, quandanche conforme alla fattispecie astratta penale, non sarebbe sufficiente per ritenere integrato l'illecito.

L'orientamento tradizionale fa applicazione dei suesposti principi anche in tali casi, con la conseguenza che l'attualità del pericolo viene ravvisata solo durante i momenti in cui

⁸⁸ In questo senso, *ex multis*, si rinvia a Cass. 29 luglio 1999 n. 9695; Cass. 30 marzo 1982 n. 3369; Cass. 7 febbraio 1992 n. 1175. Sembra, invece, collocarsi in una prospettiva piuttosto rigida Cass. 2008 n. 17329: *“secondo la teoria tradizionale, l'aggressione, che deve riguardare un diritto, deve avere provocato un pericolo attuale ed involontario di lesione di quel diritto, cioè il rischio, la levata probabilità di verificarsi di una lesione ingiusta al momento del fatto, per cui la reazione non può essere né anticipata né posticipata, in quanto il pericolo passato e quello futuro non scriminano, poiché il primo consente alla parte di rivolgersi alle autorità di polizia e a quella giudiziaria se vi è la probabilità di una futura situazione pericolosa, mentre il secondo farebbe coincidere la ragione con la vendetta, per cui occorre una situazione di attacco illegittimo ed in corso, la cui cessazione dipende necessariamente dalla reazione difensiva”*.

⁸⁹ Cfr. Cass. 21 gennaio 1964 n. 72; Cass. 20 febbraio 1980 n. 2511; Cass. 27 marzo 1991 n. 3494; si veda in particolare Cass. 25 maggio 1981 in Cass. Pen, 1982, 1965, secondo cui *“diversa dall'ipotesi di pericolo imminente è quella di una difesa preventiva o anticipata, determinata dalla rappresentazione, meramente congetturale e astratta, della generica possibilità di perpetrazione futura di atti di violenza da parte di un potenziale aggressore”*.

viene posta in essere la condotta di reato, mentre viene esclusa nelle pause tra un episodio delittuoso e un altro⁹⁰.

Un arresto della Corte di Cassazione⁹¹, a tal proposito, ha puntualizzato che l'attualità del pericolo non deve essere confusa con la sua attuabilità: nel primo caso l'offesa sta per verificarsi, come deve potersi desumere dagli atti posti in essere sino a quel momento - idonei e univocamente diretti alla produzione dell'evento lesivo -, nel secondo, invece, manca il compimento di un qualsiasi atto da cui inferire che l'aggressione sia ormai prossima a realizzarsi, salvo, però, riconoscere che corrisponda ad un giudizio logico-razionale aspettarsi che l'offesa stia per manifestarsi, avuto riguardo alle intenzioni del soggetto agente, rese palesi dalla sua pregressa condotta. D'altro canto, argomenta la Suprema Corte, se nel caso considerato si riconoscessero gli estremi della legittima difesa, si contrasterebbe con il disposto del comma 4 dell'articolo 59 c.p. e con l'interpretazione datane dalla dottrina e della giurisprudenza prevalenti, atteso che il semplice convincimento soggettivo di stare per subire un'offesa ingiusta ad un proprio diritto, se non suffragato da elementi oggettivi, non è nemmeno in grado di fondare l'applicazione della disciplina delle cause di giustificazione putative⁹².

Tale soluzione si differenzia da quella adottata con riferimento ai reati permanenti, in cui, invece, l'offesa rimane costante fintantoché non cessi la condotta tipica: la reazione difensiva viene pacificamente ammessa in qualsiasi momento, sino a che non sia venuta

⁹⁰ Così MARINUCCI-DOLCINI, *Codice penale commentato* cit., 781. Sulla questione, con specifico riferimento a delitto di maltrattamenti in famiglia contro cui era avvenuta la reazione difensiva, è utile riportare alcuni passaggi di Cass. 6591/2010 che ha escluso, nell'ipotesi *de qua*, la configurabilità della legittima difesa: "*la rappresentazione, meramente congetturale e astratta, della generica possibilità (nel futuro) della perpetrazione di atti di violenza da parte della vittima (in atteggiamento assolutamente non offensivo - e neppure minaccioso - al momento del fatto, come espressamente riconosciuto dallo stesso ricorrente) non integra a ipotesi, contemplata dall'articolo 52 c.p., del pericolo effettivo, concreto, attuale e specifico di veruna offesa, né da adito alcuno alla supposizione erronea del ridetto pericolo, sì da comportare la necessità della difesa*".

⁹¹ Cass. 17 gennaio 2006 n. 1756 con commento in *Dir. pen e proc.*, 2006, 449.

⁹² A ben vedere, nel caso specifico all'attenzione della Corte di Cassazione, il giudizio sull'attualità del pericolo si basava su una serie di elementi concreti, quali, in particolare, l'indole dell'aggressore e le condotte da questi poste in essere in passato, sicché non si condividono le osservazioni svolte dai giudici di legittimità circa il carattere meramente soggettivo del giudizio in questione. Tutt'al più, si può discutere se nella situazione in esame debba farsi applicazione del comma 4 dell'articolo 59 c.p. o dell'articolo 52 c.p., ma a parere di chi scrive, non è revocabile in dubbio che l'opinione del soggetto che ha agito in legittima difesa presenti quei requisiti di ragionevolezza richiesti dalla giurisprudenza al fine di dare rilevanza alla putatività, posto che precedenti comportamenti dotati di rilievo penale rappresentano un dato oggettivo da non trascurare.

meno la permanenza, posto che il pericolo attuale - fino a tale momento - non subisce alcuna attenuazione, a differenza di quanto avviene nei reati abituali⁹³.

Nonostante, l'opinione maggioritaria interpreti l'attualità nei reati abituali con il medesimo rigore impiegato per tutte le altre ipotesi di legittima difesa, nondimeno si deve dar conto di talune posizioni dottrinali che sembrano aprire a soluzioni più elastiche, ampliando i margini di applicabilità della causa di giustificazione, le quali, peraltro, rivestono una particolare importanza ai fini della presente indagine, essendo state elaborate proprio avendo riguardo al delitto di maltrattamenti in famiglia come fattispecie da cui scaturisce l'esigenza difensiva.

Nello specifico, si segnala che un autorevole esponente della dottrina, riferendosi espressamente all'ipotesi di cui all'articolo 572 c.p., ha affermato che *“nelle offese abituali il pericolo è attuale ogni qual volta si presentino le condizioni che solitamente determinano la condotta di reiterazione: l'energumeno che rientrando la sera ubriaco maltratta i familiari, realizza il pericolo attuale di un 'offesa ingiusta per il solo fatto di varcare l'uscio di casa in pieno stato di ebbrezza”*⁹⁴.

Dunque, seguendo l'approccio dell'autore in esame, l'attualità acquista un significato diverso da quello tradizionale, non rappresentando un ostacolo insormontabile alla sua configurabilità la circostanza che, nel lasso di tempo compreso tra una condotta di reato e l'altra, non possa certamente parlarsi di pericolo imminente: è solo la valutazione globale della situazione in cui i singoli episodi criminosi s'inseriscono che giustifica la conclusione a favore dell'esistenza del pericolo imminente, la quale, altrimenti, non potrebbe che essere di segno opposto. Invero, sono proprio i precedenti maltrattamenti commessi dal tiranno domestico che riempiono di significato gli intervalli di tempo tra una violazione e l'altra, in cui, a rigore, nella momentanea inoperatività degli elementi da cui scaturisce il decorso causale che sfocia nell'offesa ingiusta, non si profila alcun pericolo di lesione.

⁹³ L'esempio paradigmatico in questo senso è riportato da ALTAVILLA, (voce) *Difesa legittima*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. V, 1960, 619 ss. e fa riferimento al caso del soggetto sequestrato da una banda di briganti che reagisce contro i propri carcerieri. In base a quanto detto, dunque, il sequestrato potrà reagire legittimamente in legittima difesa in qualsiasi momento, anche sfruttando un momento di distrazione dei sequestratori.

⁹⁴ PADOVANI, (voce) *Difesa legittima* cit., § 3.

Al medesimo risultato pratico di ampliare la portata della norma scriminante, e in particolare del requisito dell'attualità, giungono i sostenitori di un diverso orientamento che, nell'esaminare alcuni casi particolari di legittima difesa - tra cui quello della donna vittima di violenza domestica che si ribella al proprio carnefice, ferendolo mortalmente mentre si trova in una situazione di momentanea inoffensività⁹⁵ - hanno ritenuto che l'articolo 52 c.p. debba trovare applicazione tutte le volte in cui la reazione difensiva, pur se l'offesa non è né in corso né in procinto di verificarsi, non possa essere ulteriormente procrastinata senza ridurne drasticamente l'efficacia. In altri termini, ci si trova al cospetto di situazioni in cui l'aggressore è posto dinanzi al bivio se agire "*ora o mai più*" e ove, pur se l'evento lesivo è ancora lontano dal verificarsi, l'aggressore deve necessariamente "giocare di anticipo" onde evitare che si produca un danno, altrimenti certo, che non potrebbe più essere evitato con successo agendo in un momento successivo, nel quale l'attualità acquisterebbe una ben diversa pregnanza.

In ipotesi come quelle in esame, si osserva⁹⁶, si perviene alla esclusione della configurabilità della legittima difesa, essenzialmente, in base alla considerazione che l'aggregato, proprio per il lasso di tempo che lo distanzia dall'offesa, può evitare il prodursi del danno rivolgendosi all'autorità pubblica, e pertanto, un'interpretazione lata del requisito dell'attualità si porrebbe in contrasto con la *ratio* stessa della scriminante, che, fermo restando il monopolio dell'utilizzo della forza in capo allo Stato, facoltizza in via del tutto eccezionale la reazione difensiva del privato. Tuttavia, in queste stesse ipotesi si trascura del tutto il dato che non sempre, nei fatti, è possibile invocare l'intervento della forza pubblica, sicché logica conclusione, coerente con le premesse della legittima difesa, dovrebbe essere quella di riconoscere l'applicazione dell'articolo 52 c.p. in tutti quei casi in cui non sia concretamente possibile attendere l'intervento

⁹⁵ Parlano addirittura di ipotesi emblematica MARINUCCI-DOLCINI, *Codice penale commentato* cit., 783: "*qui un pericolo attuale nel senso tradizionale certamente non sussiste; e tuttavia, da un lato l'intervento preventivo della forza pubblica appare spesso inefficace se non addirittura controproducente (il soggetto violento, ammonito o arrestato dalla polizia, tenderà a sfogare la propria rabbia contro i familiari non appena rientrato a casa), e dall'altro un'efficace autodifesa nel momento dell'effettiva aggressione risulta impraticabile, stante la superiorità fisica posseduta di regola dal familiare violento*".

⁹⁶ Per queste considerazioni si rimanda a GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità* cit., 80.

dell'autorità pubblica o, comunque, non se ne ravvisi la opportunità alla luce della complessiva situazione in cui si colloca l'aggressione⁹⁷.

Peraltro, i sostenitori dell'orientamento in parola hanno avuto cura di specificare che l'invocazione della norma sulla legittima difesa nelle situazioni *de qua* si giustifica non avendo riguardo al tenore letterale della disposizione, bensì valorizzando proprio la *ratio* della scriminante (l'impossibilità per il privato cittadino di salvaguardare la propria posizione giuridica, ingiustamente minacciata dall'altrui condotta, tramite l'intervento statale), sicché si tratta a tutti gli effetti di una vera e propria applicazione analogica dell'articolo 52 c.p.⁹⁸.

In senso critico a siffatta impostazione, si è rilevato⁹⁹ come delle specifiche ragioni di ordine politico-criminale abbiano indotto il legislatore ad introdurre nel corpo dell'articolo 52 c.p. l'elemento dell'attualità, in quanto diversamente, si correrebbe il rischio di trasformare la società in un vero e proprio *far west*, in cui ciascuno viene posto nelle condizioni di poter tutelare efficacemente da solo i propri interessi, scavalcando il potere pubblico e facendo, così, vacillare il monopolio dello Stato nell'utilizzo della forza. Al fine di rimediare alle deficienze dell'intervento statale

⁹⁷ Cfr. MARINUCCI, (voce) *Cause di giustificazione cit.*, 141 ss.: “Possono tuttavia aprirsi delle lacune - non si sa se volute o meno - in presenza di estremi la cui imprecisione si presta a interpretazioni - dominanti nella prassi- che tagliano fuori dalla portata della norma casi la cui affinità non sembra far loro meritare un trattamento differenziato. Problematico, ad es., è l'estremo dell'«attualità» del pericolo nella legittima difesa e nello stato di necessità. Domina, non solo nel nostro sistema, l'interpretazione che ricollega l'azione difensiva e l'azione di salvataggio a un pericolo «in atto», con esclusione cioè dei pericoli che insorgeranno «in futuro», costringendo perciò a parlare di una situazione «analogica» alla legittima difesa e allo stato di necessità quando il pericolo che «insorgerà in futuro» può essere sventato solo da un'immediata azione difensiva o di salvataggio [...] Si può ovviamente protestare contro l'interpretazione dominante¹; ma se continuasse a dominare come «diritto vivente», sarebbe una protesta vana”.

⁹⁸ MARINUCCI, loc. ult. cit.: “[...] e il giudice ordinario si vedrebbe costretto a rimuovere l'ingiustificata differenziazione di casi analoghi accomunati dalla stessa *ratio* — la necessità improcrastinabile di compiere il fatto per neutralizzare il «pericolo» — ricorrendo, per l'appunto, all'integrazione analogica della scriminante in questione nel singolo caso concreto”. In senso critico alla possibilità di qualificare l'interpretazione *de qua* come di tipo analogico cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Codice penale commentato cit.*, 783, ove si osserva come sarebbe più corretto fare riferimento ad un'interpretazione di natura estensiva. Tuttavia, per una critica alla possibilità di applicare in via analogica le scriminanti cfr. SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa cit.*, 440, la quale sottolinea come tale operazione, pur non contrastando contro il principio di cui comma 2 dell'articolo 25 della Costituzione, produca una vistosa disparità di trattamento tra i diversi casi concreti sottoposti all'attenzione dell'A.G., a causa dell'imprevedibilità degli esiti cui conduce l'interpretazione analogica, ove è massima la discrezionalità riconosciuta in capo al giudice, imprevedibilità acuita dall'indeterminatezza con cui le cause di giustificazione sono state formulate dal legislatore.

⁹⁹ MARINUCCI-DOLCINI, *Codice penale commentato cit.*, 784.

bisognerebbe piuttosto pensare a rafforzare gli strumenti di prevenzione del crimine *“soprattutto nei confronti di cittadini che si abbia motivo di ritenere particolarmente esposti al pericolo di aggressioni come nel caso paradigmatico dei familiari di un padre-padrone violento)”*¹⁰⁰, anche perché l’espansione incontrollata dei confini della legittima difesa avrebbe, quale unica conseguenza, quella di radicare nei cittadini la convinzione che l’unico modo per poter proteggere adeguatamente i propri beni sia l’autotutela - e ciò anche quando i mezzi offerti dallo Stato siano effettivamente in grado di apprestare idonea tutela - senza contare, poi, l’entità del sacrificio che, per via, si richiederebbe all’aggressore di sopportare. A riguardo, si è infatti sottolineato come *“l’autotutela privata, pur se contenuta entro il limite della proporzione, provoca di regola all’aggressore un danno assai maggiore di quello che conseguirebbe all’adozione di misure preventive da parte dello Stato (la donna maltrattata che non trova efficace protezione da parte della pubblica autorità è costretta ad uccidere il marito violento, mentre un intervento preventivo dell’autorità comporterebbe un danno assai più contenuto per il marito)”*¹⁰¹.

Quanto da ultimo osservato offre lo spunto per illustrare la ragione per cui l’attualità sia sostanzialmente intesa negli stessi termini da parte dei fautori dei diversi orientamenti che, si è visto, sono stati sviluppati sul terreno della legittima difesa.

In uno dei più approfonditi studi¹⁰² che sono stati condotti nella materia *de qua*, si è evidenziato come l’attualità, nonostante sia collocata su di un piano secondario all’interno della struttura gerarchica della legittima difesa¹⁰³, contribuisca a delinearne la *ratio essendi* in virtù dello stretto legame con il requisito della necessità, dal momento che un’azione difensiva posta in essere prima che il pericolo abbia assunto una sufficiente concretizzazione, o quando esso è ormai svanito, contrasterebbe con il concetto stesso di difesa¹⁰⁴.

A quest’ultimo riguardo, si è infatti sottolineato che se si ammettesse la legittimità di una reazione posta in essere a pericolo esaurito, la scriminante verrebbe a confondersi

¹⁰⁰ Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *loc. ult. cit.*

¹⁰¹ MARINUCCI-DOLCINI, *loc. ult. cit.*

¹⁰² SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa cit.*, 369 ss.

¹⁰³ Cfr. pag. 36 e in particolare nota n. 81

¹⁰⁴ Il dato è sottolineato anche da PADOVANI, *(voce) Difesa legittima cit.* § 3

con la vendetta, essendo proprio l'elemento temporale a fungere da *discrimen* tra l'una e l'altra¹⁰⁵, con la conseguenza che l'attualità rappresenta il “*custode della vera essenza della scriminante, posto a guardia del cuore della legittima difesa*”¹⁰⁶.

Da quanto detto s'intuisce facilmente la ragione per cui l'attualità viene annoverata non già tra i limiti esterni della legittima difesa, bensì tra quelli interni: essa incide, infatti, sulla stessa configurabilità della razione difensiva, a differenza di altri elementi - in particolare quello della proporzionalità - che, invece, determinano le modalità con cui tale reazione deve realizzarsi per poter essere sussunta entro i confini dell'articolo 52 c.p.

Tuttavia, con specifico riferimento al pericolo futuro, in senso critico si è rilevato come l'impossibilità di ravvisare gli estremi della legittima difesa in tal caso non dipenda tanto da una contrapposizione con la *ratio* della causa di giustificazione, ma da ben precise ragioni politico-sociali che, in definitiva, coincidono con quelle di cui si è dato conto sopra: se si riconoscesse la legittimità della condotta dell'agredito anche al cospetto di minacce ben lungi dal manifestarsi, verrebbe meno la titolarità esclusiva dello Stato nell'utilizzo della forza, con conseguente grave pregiudizio della stabilità e sicurezza delle relazioni tra consociati¹⁰⁷.

Deve pertanto affermarsi che “*l'onnipresenza dell'attualità nella struttura della legittima difesa e la sua costanza di significato non sono sempre giustificabili in base all'affermata esistenza di uno stretto legame tra l'elemento in questione e l'essenza originaria [...] della scriminante*”¹⁰⁸, posto che, come si è appena visto, riguardo alle ipotesi di legittima difesa preventiva, vengono in gioco questioni di ordine sia pratico,

¹⁰⁵ SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 371: “

¹⁰⁶ Così SZEGÖ, *loc. ult. cit.* “*l'attualità rappresenta infatti il confine al di là del quale la reazione non può realizzarsi senza abdicare alla propria natura, senza perdere il senso della propria giustificazione: una reazione ritardata, che esplode a freddo, quando l'offesa è ormai consumata, non è più una condotta difensiva, ma rappresenta una forma di vendetta. Essa segna il limite invalicabile oltre al quale una soluzione giuridica del conflitto non può più avere luogo, e vi è spazio solo per l'infinita catena delle faide*”.

¹⁰⁷ Osserva SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 372 come la negazione della configurabilità della legittima difesa di fronte a pericoli futuri dipenda da un particolare modo di intendere i rapporti tra Stato e cittadino: in un'ottica rovesciata rispetto a quella giuspositivistica, tutte le prerogative di natura pubblica, ovvero funzionali a garantire un equilibrato e sereno svolgimento delle relazioni sociali, fanno capo direttamente allo Stato e non al singolo cittadino; proprio in virtù di tale titolarità esclusiva dello Stato, devono essere limitate al massimo le ipotesi in cui si deroga a detta regola, riconoscendo al cittadino un potere di agire sostituendosi allo Stato.

¹⁰⁸ SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 374.

connesse ad una migliore e più efficace tutela delle posizioni giuridiche del singolo, sia storico-politiche, legate all'adozione di una concezione pubblicistica della legittima difesa.

Sulla scorta di tali considerazioni, si è giunti a dubitare di un siffatto modo di intendere il requisito dell'attualità, almeno di fronte a casi in cui la difesa preventiva costituisca l'unico rimedio effettivamente in grado di neutralizzare la situazione di pericolo - si pensi ad alcuni casi di violenza domestica, in cui la donna, oltre a venire quotidianamente brutalmente percossa, viene minacciata di morte se solo osi rivolgersi alle forze di polizia o richiedere l'aiuto di familiari, denunciando l'accaduto -, in quanto esso più che armonizzarsi con la natura della legittima difesa, contrasta con essa, costringendo l'agredito ad attendere, per difendersi, un momento successivo in cui la minaccia assume contorni più concreti, divenendo, però, al contempo più difficilmente neutralizzabile, e inevitabile¹⁰⁹.

Circa la possibilità di interpretare in maniera estensiva o addirittura analogica il requisito dell'attualità si tornerà oltre (cfr. cap. III), mentre in questa sede merita di essere posta in luce la ragione giustificatrice che viene individuata alla base dell'esclusione della legittima difesa di fronte alle ipotesi particolari di cui si è detto.

Si ritiene, in particolare, che il mancato riconoscimento della legittima difesa dipenda essenzialmente dall'opzione in favore delle tesi pubblicistiche che, come già illustrato, ravvisano nella facoltà concessa ai privati di reagire agli attacchi personali una deroga del tutto eccezionale rispetto alla regola che rimette al monopolio statale l'esercizio della forza, sicché la relativa norma autorizzatoria - ossia l'articolo 52 c.p. - deve essere interpretata in maniera rigorosa, senza concedere spazio a tentativi di ampliarne il perimetro applicativo¹¹⁰.

¹⁰⁹ SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 373 riporta, a titolo esemplificativo, il caso, illustrato da CARRARA, *Programma* cit. § 290 nota 1, dei viaggiatori sequestrati dai briganti e tenuti costantemente sotto la minaccia di essere uccisi da un momento ad un altro che, approfittando del momento in cui i loro carcerieri piombano ubriachi nel sonno, li feriscono mortalmente, guadagnandosi così la via di fuga. In proposito, l'A. sottolinea come sia evidente che i sequestrati abbiano agito in mancanza di un pericolo attuale, eppure tale azione, considerata la situazione, è l'unica effettivamente in grado di garantire loro salvezza, posto che, se avessero atteso il risveglio dei carcerieri, avrebbero perso per sempre l'occasione di sottrarsi al loro inevitabile destino di morte.

¹¹⁰ Così SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 376 che, riferendosi all'esempio dei viaggiatori sequestrati dai briganti riportato alla nota precedente, afferma che: "*per negare la legittimità della difesa anticipata ci si potrebbe solo appellare alle concezioni pubblicistiche in tema di ratio della scriminante*".

Tuttavia, tale soluzione non convince, perlomeno alla luce degli attuali orientamenti che sono stati sviluppati in materia di legittima difesa.

Si è detto in precedenza come la dottrina prevalente ravvisi ora il fondamento della scriminante in una duplicità di istanze, privatistiche e pubblicistiche, sicché, nell'interpretarne i requisiti, non si dovrebbe più conferire prevalenza alla dimensione pubblicistica, ma, al contrario, si dovrebbe cercare di fare convivere armonicamente entrambe le anime all'interno dell'articolo 52 c.p.

In quest'ottica, pertanto, la difesa preventiva potrebbe trovare accoglimento all'interno del nostro ordinamento, in quanto la deroga all'esercizio statale della forza pubblica troverebbe giustificazione sulla scorta di considerazioni che attengono al piano individuale e di cui non è possibile non tener conto invocando la necessità di aprire al minor numero possibile di eccezioni di detta regola, giacché, diversamente, si precluderebbe definitivamente l'accesso alla legittima difesa ad un intero gruppo di casi, caratterizzati dall'impossibilità di attendere l'attualizzazione del pericolo per poterlo eliminare.

1.3c) La reazione difensiva: le caratteristiche che la condotta dell'agredito deve possedere affinché si verifichi l'effetto scriminante.

Dopo aver descritto nei paragrafi precedenti le caratteristiche dell'aggressione che legittimano la condotta difensiva, occorre ora individuare a quali condizioni sia lecito reagire contro tale aggressione.

L'articolo 52 c.p., onde impedire che vengano poste in essere delle reazioni sconfinata e potenzialmente illimitate, con conseguente grave pregiudizio per la stabilità e la sicurezza delle relazioni sociali, sottopone la condotta dell'agredito a delle ben precise limitazioni.

Queste ultime, nell'individuare le ragioni per le quali, in presenza di determinati requisiti, lo Stato consente al privato di utilizzare la forza per reagire alle aggressioni, utilizzano le seguenti espressioni: “*la reazione dell'offesa va esente da pena non perché non possa rientrare nella potestà giuridica dello Stato, ma perché lo stato non crede di esercitare nei confronti della medesima il suo potere punitivo, dato che lo Stato non può mai perdere alcun diritto, né il diritto d' intervento, né quello di punire, perché esso del dritto è il sovrano*”

Per una maggiore comodità espositiva, tali limitazioni possono essere suddivise in tre punti, a ciascuno dei quali corrisponde uno specifico elemento costitutivo della scriminante: a) la necessità; b) la costrizione; c) la proporzionalità.

La necessità, come si è visto, rappresenta l'elemento cardine attorno a cui ruota l'istituto della legittima difesa, racchiudendone il significato ultimo e fondante. Rispetto ad essa, tutti gli altri requisiti della causa di giustificazione si pongono in posizione gerarchicamente subordinata, posto che non incidono in maniera altrettanto significativa sulla determinazione della sua essenza.

Come si desume dalla lettura dell'articolo 52 c.p., la difesa, onde ricadere entro l'alveo della disposizione normativa, deve appunto apparire come necessaria, nel senso che l'agredito, per sottrarsi alla minaccia, non ha a disposizione altra alternativa che reagire con la forza¹¹¹.

Per conferire una maggiore concretezza al concetto di necessità, la dottrina ha enucleato tre caratteristiche che esso deve possedere e che devono costituire oggetto di un rigoroso accertamento da parte dell'autorità giudiziaria.

La prima di tali caratteristiche fa riferimento alla capacità dell'azione posta in essere dall'agredito di neutralizzare l'offesa, mentre la seconda indica l'assenza di opzioni alternative lecite egualmente in grado di impedire la verifica della minaccia, infine, la terza di dette caratteristiche inerisce alla circostanza che nel caso concreto non si possa ricorrere ad azioni meno lesive per fronteggiare la situazione di pericolo¹¹².

In merito alla prima delle caratteristiche citate, fra gli interpreti si discute se il parametro da utilizzare per accertarne l'esistenza debba aver riguardo ad una prospettiva *ex ante* oppure ad una *ex post*.

Le conseguenze pratiche che derivano dall'adesione all'una o all'altra tesi sono piuttosto rilevanti: nel caso in cui si opti per una base di giudizio *ex post*, si giunge al risultato di negare efficacia scriminante ad una condotta che seppur, *ex ante*, appaia idonea a neutralizzare la minaccia, successivamente, si sia rivelata del tutto inefficace a

¹¹¹ Così FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale* cit., 287.

¹¹² Per la schematizzazione di tali requisiti si veda GIOVAGNOLI, *Studi di diritto penale* cit., 783. Si esprimono sostanzialmente nei medesimi termini F-M SARNO, *L'evoluzione della legittima difesa* cit., 27.

tal fine, salvo valutare tale condotta sotto il profilo dell'applicabilità della scriminante putativa¹¹³.

In linea generale, è stato osservato come la maggior parte degli interpreti utilizzi il termine "idoneità" nel riferirsi all'azione difensiva, il quale sottende l'adesione ad una prospettiva *ex ante*, andando però incontro alla difficoltà di conciliare tale soluzione con la rilevanza esclusivamente oggettiva della causa di giustificazione, scolpita nel comma 1 dell'articolo 59 c.p.¹¹⁴.

Proprio valorizzando il fatto che la legittima difesa, al pari di tutte le scriminanti, si colloca interamente nella dimensione oggettiva del reato, una parte della dottrina ha espresso forti perplessità in ordine alla ritenuta equivalenza tra necessità della difesa e idoneità della medesima, quest'ultima riferita alla capacità di neutralizzazione dell'offesa. Invero, si argomenta, l'impiego di un angolo visuale che tenga conto esclusivamente delle circostanze presenti al momento dell'azione, con esclusione di quelle successive sopravvenute, crea il rischio di un'indebita commistione di piani con il putativo, ragion per cui sarebbe preferibile fare applicazione di un metro di giudizio *ex post*¹¹⁵.

Quanto, invece, alla mancanza, nel caso concreto, di condotte alternative lecite, essa viene intesa come sinonimo di inevitabilità, nel senso che l'agredito per sottrarsi al pericolo, non può che commettere un illecito penale, essendogli preclusa la possibilità di salvaguardare la propria posizione giuridica attraverso un'azione conforme al diritto¹¹⁶.

L'assenza di alternative lecite, almeno secondo l'opinione dominante, deve essere valutata tenendo in considerazione tutte le circostanze del caso concreto e, in particolare, delle caratteristiche fisiche dei soggetti coinvolti nello scontro, delle condizioni spazio temporali in cui avviene l'aggressione - in particolare se di notte -, nonché dei mezzi impiegati nel conflitto¹¹⁷.

¹¹³ GIOVAGNOLI, *loc. ult. cit.*

¹¹⁴ il dato è evidenziato da F-M SARNO *loc. ult. cit.*

¹¹⁵ per tali considerazioni si rimanda a MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2006, 597 ss.

¹¹⁶ Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale cit.*, 304 ss.

¹¹⁷ Sul punto cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale cit.*: "il giudizio di necessità inevitabilità non è assoluto, ma relativo perché si deve tenere conto di tutte le circostanze del caso concreto [...] onde è

Sotto questo profilo, si è posta la questione del c.d. *commodus discessus*, ovvero la fuga dell'agredito in sicurezza che, se possibile, fa venir meno - almeno secondo l'opinione prevalente - la configurabilità della scriminante per difetto appunto del requisito della necessità.

Secondo l'opinione classica, l'obbligo di darsi alla fuga sussiste tutte le volte in cui l'offeso abbia la possibilità di ritirarsi senza compromettere il proprio onore (c.d. *turpis fuga*), ovvero senza far apparire l'allontanamento dalla fonte di rischio come atto di viltà, suscettibile di gettare in discredito l'agredito in senso alla collettività¹¹⁸.

In un'ottica moderna, più attenta alla gerarchia di valori consacrati nel tessuto costituzionale piuttosto che all'onore personale, la presenza di una possibile via di fuga impedisce sempre l'invocazione della legittima difesa, tranne nel caso in cui essa esporrebbe ad un maggior rischio i beni dell'agredito¹¹⁹.

Alla base di tale presa di posizione è possibile intravedere un'applicazione pratica del principio del bilanciamento tra interessi contrapposti, in quanto chi riceve un attacco, prima di reagire, è tenuto a vagliare la possibilità di sottrarsi all'offesa senza arrecare alcun danno alla sfera giuridica della controparte, in attuazione di un'elementare istanza di solidarietà sociale¹²⁰.

Anche la giurisprudenza più recente è allineata alle suestposte coordinate ermeneutiche, in quanto esclude la configurabilità della legittima difesa in tutti quei casi in cui l'agredito preferisca respingere l'attacco facendo uso della forza anziché percorrendo la via di fuga concretamente disponibile¹²¹.

comprensibile come una stessa reazione, mentre può risultare giustificata per un individuo debole ovvero in certe condizioni di tempo e di luogo, può invece non apparire più tale per una persona fisicamente robusta ovvero in presenza di diverse condizioni spazio temporali". In senso sostanzialmente conforme anche GROSSO (voce) *Legittima difesa* cit., 28 ss.; PADOVANI, (voce) *Difesa Legittima* cit., § 9.

¹¹⁸ Per tutti cfr. MANZINI, *Trattato di diritto penale* cit., II, 407. In giurisprudenza si veda Cass. 12 dicembre 1969 in *Giust. Pen.*, 1971, II, 48.

¹¹⁹ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale* cit., 304; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale* cit., 288.

¹²⁰ Così FIANDACA-MUSCO, *loc. ult.* cit. che richiama espressamente il principio del bilanciamento tra interessi contrapposti. Nello stesso si veda anche GROSSO, (voce) *Legittima difesa* cit., 32.

¹²¹ A mero titolo esemplificativo, la Corte di Cassazione (Cass. n.5697/2003), in un caso relativo ad un omicidio pluriaggravato, ha escluso la legittima difesa sulla scorta del rilievo che l'imputato avrebbe potuto sottrarsi al rischio letale raggiungendo l'autovettura con cui si era recato sul luogo del delitto anziché scendere da essa armato di pistola. Ancora, in senso analogo (Cass. 4890/2008), si è ritenuta in contrasto con l'articolo 52 c.p. la condotta di colui che, a rischio di subire un'aggressione a mano armata, abbia reagito facendo uso, a propria volta, di un'arma, pur avendo la concreta possibilità di scampare all'attacco in tutta sicurezza rifugiandosi presso la propria abitazione e, da qui, chiamare i soccorsi. In

Per quanto concerne, invece, l'altro presupposto cui è subordinato il riconoscimento del requisito della necessità, si è detto come occorra accertare che l'azione difensiva posta in essere risulti la meno lesiva fra le alternative a disposizione del soggetto agente. Sul punto va aggiunto che tale valutazione deve essere condotta *ex post* e in concreto. Anche se molto spesso tale valutazione conduce a dei risultati coincidenti con quelli retraibili facendo applicazione del requisito della proporzione, non sempre si assiste ad una piena coincidenza dei rispettivi esiti, ragion per cui necessità e proporzione devono rimanere concetti distinti: *“può infatti ben accadere che una condotta difensiva in sé proporzionata non sia necessaria, perché sostituibile con altra meno lesiva ma tuttavia sia egualmente efficace e sicura così come viceversa può verificarsi il caso in cui l'accertamento della necessità - nel senso di non sostituibilità della condotta con altra meno lesiva - non comporti che la difesa debba senz'altro ritenersi proporzionata rispetto all'offesa”*¹²².

Il requisito della necessità appena descritto, come recita l'articolo 52 c.p., deve determinare in capo all'agredito un costringimento alla reazione difensiva.

Sull'interpretazione di tale elemento della fattispecie non vi è unanimità di vedute tra gli interpreti, essendone stata sottolineata l'ambiguità semantica.

Secondo una parte della dottrina¹²³, per il vero rimasta minoritaria - sebbene abbia registrato un certo seguito in alcune sentenze dei giudici di legittimità¹²⁴ -, la costrizione cui fa riferimento il testo della norma è da intendersi in senso soggettivo, ovvero come perturbamento psichico che l'attacco ingiusto suscita nella psiche di chi lo subisce, assimilabile all'*animus defendendi*. Aderendo a tale impostazione, dunque, si esclude la presenza della causa di giustificazione tutte le volte in cui si accerti che la reazione difensiva sia stata determinata esclusivamente dalla vendetta, e ciò quand'anche risulti che l'intrusione nell'altrui sfera giuridica, a livello obiettivo, sia avvenuta ingiustificatamente.

senso parzialmente difforme, (Cass. n. 51070/2014), con una recente sentenza di legittimità è stata annullata la decisione dei giudici di merito con cui era stata esclusa legittima difesa in un caso in cui un soggetto, pur avendo disarmato il rivale, aveva reagito nei confronti, colpendolo, posto che non era stata fornita una valida e convincente spiegazione della ragione per cui doveva escludersi che l'imputato, venuto in possesso dell'arma, fosse al riparo dal rischio di essere, a propria volta, disarmato.

¹²² GIOVAGNOLI, *Studi di diritto penale* cit., 785.

¹²³ Sul punto si rimanda a SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione*, 1980, 33.

¹²⁴ Cassazione 23 novembre 1977 imp. Ventre in *Foro it.*, Rep. 1978 (voce) causa di non punibilità, n. 35.

In senso contrario, si è rimarcato come tale tesi contrasti il carattere oggettivo delle cause di giustificazione, introducendo all'interno della struttura dell'articolo 52 c.p. un elemento disomogeneo, in contrasto, oltre che con il dettato dell'articolo 59 comma 1 c.p., con la *ratio* stessa della scriminante, al cospetto della quale i profili inerenti la rimproverabilità del soggetto agente non assumono rilevanza alcuna. Di conseguenza, per riempire di contenuto la costrizione cui fa riferimento il testo normativo, occorre rimanere sul terreno dell'oggettività, attribuendo al termine la funzione di esprimere la contrapposizione d'interessi tra aggredito e aggressore, contrapposizione da valutarsi secondo il metro di giudizio di un osservatore medio, estraneo alla vicenda¹²⁵.

Del resto, tale conclusione si armonizza perfettamente con la struttura del reato - almeno secondo l'opinione largamente prevalente - in quanto l'*animus* del soggetto agente, ovvero le modalità soggettive con cui quest'ultimo si determina rispetto alla commissione del reato, vengono in considerazione in un momento successivo rispetto alla valutazione dell'illiceità della condotta; ragionando, invece, in base all'opposta teoria, tale distinzione verrebbe meno, portando ad una completa commistione tra piani diversi dell'illecito¹²⁶.

Infine, la reazione difensiva deve avvenire nel rispetto del più volte citato principio di proporzionalità.

Tale requisito rappresenta una novità introdotta con il codice Rocco, atteso che in precedenza, quando ancora la legittima difesa veniva configurata solo di fronte ad attacchi a beni personali, non se ne era avvertita l'esigenza. Invero, le frizioni maggiori

¹²⁵ In particolare, GROSSO, (voce) *Legittima difesa* cit., 138 e PADOVANI (voce) *Difesa legittima* cit., §8.

¹²⁶ A ben vedere, una tale commistione di piani non costituisce una novità per il diritto penale; in proposito, basti pensare alle teorie sulla struttura del reato elaborate da Fiandaca-Musco, ove viene rigettata una rigida separazione tra il momento oggettivo e soggettivo del reato, collocando all'interno della categoria del fatto tipico anche gli elementi soggettivi del dolo e della colpa, salvo poi riprenderli in considerazione al momento di valutare la rimproverabilità della condotta tenuta dal soggetto agente. Sotto questo punto di vista, dunque, il dolo e la colpa vengono a svolgere una duplice funzione all'interno del reato, giustificando così la loro rilevanza tanto sotto il profilo oggettivo quanto sotto quello soggettivo: da un lato, contribuiscono alla descrizione del fatto tipico, dall'altro, concorrono a delineare, unitamente agli altri elementi che compongono la categoria della colpevolezza, alla determinazione del grado di riprovevolezza dell'azione posta in essere dal reo. Alla luce di tali considerazioni, pertanto, gli elementi soggettivi potrebbero essere ammessi all'interno della fattispecie scriminante tutte le volte in cui si accerti che il legislatore ha subordinato la liceità di una determinata azione o omissione anche al rispetto di requisiti inerenti al foro interiore dell'agente. Su quest'ultimo punto si rimanda, ancora a SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi* cit., il quale ha condotto una capillare e approfondita indagine sulla problematica.

con il principio in questione si verificano soprattutto, o comunque si pongono con una gravità maggiore, nei casi in cui si trovano contrapposti interessi personali, da un lato, e interessi patrimoniali, dall'altro.

Onde evitare un'illimitata reazione da parte del privato che riceve una minaccia di contenuto esclusivamente patrimoniale, la scelta operata dal Codice Rocco è stata, dunque, pressoché obbligata: l'aggiunta dell'elemento della proporzione in funzione di bilanciamento rispetto all'estensione dei confini della legittima difesa¹²⁷.

Tuttavia, l'interpretazione del requisito in esame ha costituito oggetto di un vivace dibattito a livello sia dottrinario sia giurisprudenziale, a cui, in questa sede, si può solo accennare.

In particolare, va detto che, secondo un'opinione diffusa nel tempo, seguita anche dalla giurisprudenza¹²⁸, la proporzione era da intendersi riferita al rapporto tra mezzi a disposizione dell'agredito e quelli effettivamente utilizzati da questo per respingere l'attacco¹²⁹.

È di tutta evidenza come, aderendo a tale impostazione, la legittima difesa veniva ammessa con una certa larghezza, essendo sufficiente per l'agredito, anche in ipotesi caratterizzate da una significativa discrepanza valoriale tra gli interessi in conflitto, dimostrare di aver utilizzato il mezzo meno lesivo cui poteva concretamente accedere data la situazione.

Più recentemente, in senso contrario alla tesi esposta, si è obiettato come essa si ponga in contrasto con la lettera della legge, ove non vi è alcun cenno ai mezzi impiegati durante l'aggressione, bensì al rapporto tra offesa e difesa, aggiungendo come una comparazione tra i mezzi, peraltro, sia già insita all'interno del diverso requisito della necessità¹³⁰.

Un'ulteriore evoluzione interpretativa che potremmo definire costituzionalmente orientata ha messo in risalto la circostanza che una proporzione calibrata esclusivamente sui mezzi, oltre a condurre a degli esiti applicativi distorti, confligge con la gerarchia dei

¹²⁷ Per questi aspetti si rimanda a F-M SARNO, *L'evoluzione della legittima difesa* cit., 31.

¹²⁸ *Ex multis* Cass IV. n. 793/1965; Cass I n. 5819/1981 in cui si è affermato a chiare lettere che “*qualora l'agente abbia reagito col solo mezzo di cui, all'atto dell'aggressione poteva disporre, indipendentemente dall'entità del danno risentito dall'aggressore*”.

¹²⁹ Per tutti MANZINI, *Trattato di diritto penale* cit., 415.

¹³⁰ Così in particolare PADOVANI, (voce) *Difesa legittima* cit, § 10.

valori costituzionali, nonché con lo stesso articolo 117 comma 1 che, in qualità di parametro interposto, veicola all'interno dell'ordinamento i principi consacrati dall'articolo 2 della CEDU¹³¹, a mente del quale “ *la morte non è considerata inflitta in violazione di questo articolo nel caso in cui essa derivi da un ricorso alla forza reso assolutamente necessario per assicurare la difesa di qualsiasi persona dalla violenza illegale*”, con esclusione dunque, della possibilità di reagire con la forza al verificarsi di offese patrimoniali.

Sulla scorta di tali considerazioni, l'orientamento attualmente prevalente riporta la proporzionalità ad una valutazione comparativa tra gli interessi che si fronteggiano nella legittima difesa, sia pur tenendo in considerazione tutti gli elementi che si presentano nel caso concreto¹³². Ciò significa che il raffronto tra i beni in questione non deve essere effettuato rigidamente e in astratto, bensì attribuendo rilevanza anche a tutte quelle circostanze fattuali che incidono sulla gravità della lesione minacciata, sicché, a fronte di un'aggressione di estrema gravità ad un bene patrimoniale, sarà ammesso colpire lievemente anche beni di natura personale¹³³.

Da segnalare una posizione mediana, assunta da una parte della dottrina¹³⁴ e seguita dalla giurisprudenza maggioritaria¹³⁵, secondo la quale, nel valutare la sussistenza della proporzionalità, occorre guardare sia alla natura degli interessi in conflitto sia ai mezzi a disposizione da parte dell'agredito.

¹³¹ L'interpretazione del requisito della proporzionalità alla luce della Convenzione EDU è stata attenzionata da PULITANÒ, *Diritto penale*, 2005, 306

¹³² GROSSO, (voce) *legittima difesa* cit. 29 ss. Nello stesso senso ANTOLISEI, *Manuale* cit., 271 ss. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale* cit., 289

¹³³ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale* cit., 289-290: “*il raffronto tra i beni in conflitto non va operato considerando i beni stessi come entità astratte e statiche, ma va effettuato tenendo conto del rispettivo grado di messa in pericolo o di lesione cui sono esposti gli interessi dinamicamente confliggenti nella situazione concreta: da questo punto di vista, se è comunque ingiustificato uccidere per salvaguardare un interesse patrimoniale, può invece apparire lecito infliggere una ferita facilmente curabile per mettere la sicuro un patrimonio di relevantissima entità*”.

¹³⁴ PADOVANI, (voce) *Difesa legittima* cit., § 10

¹³⁵ Ex multis Cass. I, 40123/2009, in cui la Cassazione ha negato la legittima difesa nei confronti di un imputato che, durante una lite, aveva reagito nei confronti del rivale a mani nude utilizzando un coltello, sottolineando la clamorosa sproporzione tra la condotta della vittima e quella del reo. Cass. I 1490/2012 che ha parimenti ritenuto non sussistente la legittima difesa nel caso in cui l'imputato, nel tentativo di sfuggire ad una lite, aveva investito con la macchina l'aggressore, passando poi con le ruote sopra il suo corpo. Anche in quest'ipotesi l'argomentazione utilizzata dai giudici a sostegno della decisione si fonda sull'assenza - peraltro qui particolarmente marcata - del requisito della proporzione, atteso che il danno inferito all'aggressore ha superato di gran lunga quello minacciato, tenuto conto del fatto che la vittima non risultava possedere armi o altri strumenti atti ad offendere

Si tratta, a ben vedere, di una divergenza più apparente che reale: la considerazione di mezzi con cui viene perpetrata la reazione non viene totalmente esclusa dai sostenitori dell'opposto indirizzo interpretativo, ma viene inglobata all'interno del giudizio comparativo tra gli interessi contrapposti, segnatamente, tra gli elementi fattuali da tenere presenti per valutare quale sia il concreto grado di esposizione a pericolo del singolo bene in conflitto.

1.4 Attualità del pericolo e proporzionalità: due requisiti tra loro comunicanti?

Per concludere l'esposizione sul tema dei requisiti fondanti la legittima difesa, si segnala un'attenta dottrina¹³⁶ che ha messo in luce come tra la proporzione e l'attualità sussista un canale comunicativo diretto che, a livello metaforico, può essere efficacemente espresso richiamando l'immagine dei vasi comunicanti: più si espande la nozione di attualità del pericolo, più diminuisce, corrispondentemente, il significato da attribuire alla proporzionalità. Del resto, tale risultato non deve stupire, atteso che, si è detto in precedenza, nessuno degli elementi costitutivi della legittima difesa presenta un carattere stabile e immutabile, presentando un certo margine di elasticità.

Ai fini del presente lavoro di ricerca è interessante esplicitare il ragionamento alla base di siffatta conclusione, soprattutto in considerazione dei riflessi pratici che ne derivano nei singoli casi: più un'offesa a un bene giuridico viene considerata lontana nel tempo, più l'evento di pericolo ad essa connesso risulterà dotato di una minore gravità, non essendosi manifestato in tutta la sua interezza; dunque, in armonia con il principio di proporzionalità, ad un minor pericolo corrisponde una difesa più contenuta, mentre, al contrario, di fronte ad un pericolo che, attualizzandosi, aumenta di gravità, viene ammessa una reazione difensiva più estesa, eliminando gran parte dei limiti¹³⁷.

¹³⁶ Cfr. PALIERO, "Minima non curat praetor". *Ipertrofia del diritto penale e depenalizzazione dei reati bagatellari*, 1985, 707 ss. Nello stesso senso si veda anche ZIMMERL, *L'articolo 52 del codice italiano da un punto di vista sistematico* in *Riv. it. dir. pen.*, 1931

¹³⁷ Sul punto si veda FROSALI, *Sistema penale italiano*, II, 1958, 294 che distingue tra fatto-offesa e fatto-pericolo per indicare come il pericolo cui fa riferimento l'articolo 52 c.p. si muova su di un duplice piano, quello, rispettivamente, meramente ipotetico e potenziale (minaccia) e quello reale, oggettivo (l'esistente): poiché "una proporzione deve esistere fra la difesa e non solo il fatto-offesa (minacciato) ma

Pertanto, aderendo a tale impostazione, in alcuni casi limite di legittima difesa (ad es. quelli relativi alle donne maltrattate) non è solo la mancanza di attualità del pericolo che preclude l'effetto scriminante, ma lo è anche il mancato rispetto del principio di proporzionalità.

In proposito, preme, tuttavia, rilevare che l'opinione in questione non convince a pieno, essendo del tutto indimostrato l'assunto su cui si fonda, ovvero che all'avanzamento dell'offesa minacciata corrisponda una maggiore gravità del danno che ne deriva.

Questo aspetto verrà ripreso nel corso del terzo capitolo, sia pur da un'angolatura diversa; in questa sede è sufficiente fare un accenno alle ragioni per le quali non si reputa tale tesi del tutto condivisibile.

Il punto di maggior critica è rappresentato dalla commistione tra due piani diversi, ossia quello ipotetico (riferito alla minaccia) e quello reale (riferito al danno che concretamente ricorre nel momento stesso in cui viene realizzata la reazione difensiva).

Infatti, se l'articolo 52 c.p. per la configurabilità della legittima difesa richiede l'accertamento di un pericolo - attuale, ma pur sempre un pericolo -, in base a quanto si è detto sulla relativa nozione, è necessario effettuare un giudizio prognostico, valutando il probabile sviluppo futuro degli elementi fattuali presenti al momento stesso della valutazione. Il piano dell'esistente dovrebbe, dunque, rilevare solo nell'istante iniziale della prognosi, rappresentandone il punto di partenza, ovvero il presupposto fattuale da cui muovere nell'eseguire il giudizio in merito all'esistenza di una situazione di pericolo. Seguendo l'impostazione in commento, invece, tale piano viene in considerazione per ben due volte: una prima quale base di partenza del giudizio prognostico, una seconda quale evento intermedio che si colloca tra la base medesima e il risultato finale cui conduce lo sviluppo eziologico di quest'ultima.

*anche il fatto-pericolo (esistente), risulta che la scarsa possibilità attenua l'importanza di questo terzo termine di paragone (pericolo), onde potrà risultare che anche la difesa debba essere di entità minore: es., pure essendo minacciata la mia vita (fatto-offesa), se ora le possibilità di ciò sono assai vaghe (fatto-pericolo) es: vi è solo un atteggiamento sospetto, ed io ho modo di immobilizzare il possibile aggressore senza ferirlo, così devo fare". Sulla tema del legame tra attualità e proporzionalità si veda anche SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 345 che in proposito afferma: "attualità e proporzione si dimostrano effettivamente due elementi interdipendenti, graduabili secondo la logica del più-meno, di modo che, ai fini della valutazione della liceità della condotta difensiva, il minus dell'uno potrebbe essere compensato dal rigoroso rispetto dell'altro".*

In altre parole, la struttura del giudizio prognostico viene contaminata con elementi spuri che non dovrebbero trovare spazio al suo interno, senza che, peraltro, vengano chiariti i termini del rapporto tra il piano dell'ipotetico-probabile e quello del reale-esistente, posto che i sostenitori dell'orientamento in esame si limitano a predicare di tener conto, nel condurre il giudizio prognostico, oltre che del male minacciato, di quello effettivamente sussistente al momento della reazione difensiva. Ma se, come detto, l'esistente viene già in rilievo nel momento iniziale del giudizio *de quo*, si fatica a comprendere la ragione per cui debba essere valutato una seconda volta, per giunta quando ormai si è lasciato definitivamente il campo del reale per proiettarsi in quello dell'ipotetico.

Se è pur vero che di fronte ad un pericolo attuale la rigida scansione del giudizio prognostico sfuma, posto che il requisito dell'imminenza fa sì che il punto di partenza di tale giudizio e quello di arrivo siano piuttosto ravvicinati tra loro, ciò non toglie che, almeno a livello concettuale, i due piani di cui sopra devono rimanere distinti. Ne consegue, pertanto, che nei casi limite di legittima difesa delle due l'una: sussiste l'attualità del pericolo oppure non sussiste. Al contrario, argomentare circa la configurabilità di una situazione di imminenza, rapportandola però ad una minaccia di minore gravità, rappresenta una soluzione non solo priva di apprezzabili risvolti applicativi - nel senso che l'effetto scriminante non si verifica ugualmente, salvo imputare detto risultato al difetto di proporzionalità anziché dell'imminenza del pericolo - ma anche non propriamente corretta sul piano logico, in quanto volta a traslare sull'elemento della proporzionalità le problematiche inerenti quello dell'attualità, senza che tra detti elementi intercorra un legame tale da giustificare l'operazione di trasferimento.

Peraltro, ragionando in questi termini, si rischia di giungere all'assurdo di ritenere che l'attualità del pericolo e la proporzionalità abbiano oggetti diversi, in quanto, se per giustificare la presenza della prima si richiede, per ciò solo, un accertamento particolarmente rigoroso della seconda, si finisce, in definitiva, per riferire quest'ultima ad un non meglio specificato diverso evento, dotato di minore gravità.

Sulla scorta di quanto osservato, si reputa che dinnanzi ai casi limite di legittima difesa il punto nodale su cui concentrarsi sia costituito proprio dall'attualità del pericolo, mentre la proporzione gioca un ruolo secondario.

Per rendersene conto basti considerare proprio i casi da cui prende le mosse il presente elaborato.

La donna che per anni subisce brutali vessazioni fisiche e psicologiche da parte del proprio convivente e che, ormai certa del proprio destino di morte più o meno prossimo, agisce in legittima difesa contro il partner dormiente o altrimenti innocuo, non rischia forse di perdere il bene supremo tutelato dall'ordinamento, ovvero la vita stessa?

Se si reputa che sia questo il diritto ingiustamente offeso dall'altrui condotta, allora è innegabile che il principio di proporzione risulti pienamente rispettato anche qualora l'azione difensiva porti all'eliminazione fisica del tiranno domestico; tuttavia è proprio l'esistenza di un imminente pericolo di vita il dato che, nelle situazioni *de qua*, occorre dimostrare.

Si potrebbe, infatti, facilmente obiettare che, da un punto di vista oggettivo, le probabilità che la donna venga lesa nel suo bene più elevato non siano sufficientemente elevate, in quanto, ammesso che le intenzioni dell'aguzzino siano effettivamente omicidiarie, non vi sarebbe alcuna certezza in merito all'esatto momento in cui il proposito delittuoso venga attuato; di conseguenza, l'unico rischio che concretamente si profila all'orizzonte è quello di una nuova violazione dell'articolo 572 c.p., in reazione alla quale il sacrificio della vita umana appare, almeno secondo l'opinione largamente dominante, eccessivo.

A questo punto occorre distinguere a seconda che, considerate le particolari modalità con cui sono state inferte le condotte di maltrattamento, sia ragionevolmente certo o meno l'evento morte.

Nel primo caso, come detto, si pone solo il problema di verificare il rispetto del requisito dell'imminenza, con esclusione di qualsiasi interferenza della proporzionalità.

Nel secondo caso, invece, è proprio la proporzione tra offesa e difesa a difettare, in quanto l'uccisione del carnefice non viene più ad essere supportata da una lesione altrettanto grave - anche se, con riferimento a taluni episodi particolarmente allarmanti di maltrattamenti in famiglia, la conclusione è discutibile - alla sfera giuridica dell'aggredata. Ma non solo. A ben vedere, infatti, anche in tale ipotesi è carente

l'elemento dell'attualità del pericolo, dal momento che, nonostante i maltrattamenti in famiglia abbiano maggiori e più concrete probabilità di verifica rispetto all'evento omicidiario, un uomo dormiente o, comunque, in condizioni di momentanea innocuità, a stretto rigore, non rappresenta di certo un'imminente minaccia per bene giuridico protetto dall'articolo 572 c.p., non essendosi ancora messi in movimento i fattori causali che, in un'ottica prognostica, conducono alla realizzazione della condotta di reato.

Quanto detto dimostra come nei casi limite di legittima difesa - specie in quelli che traggono origine da contesti particolarmente gravi di violenza domestica - sia soprattutto il requisito dell'attualità del pericolo ad ostare al prodursi dell'effetto scriminante.

Ciò è vero non solo con riferimento alla proporzionalità, ma anche nei riguardi della necessità della reazione difensiva.

1.5 La giurisprudenza italiana al banco di prova: l'ammissibilità della legittima difesa in favore delle donne vittime di maltrattamenti domestici.

Dopo aver tracciato le coordinate ermeneutiche seguite dalla dottrina e della giurisprudenza in materia di legittima difesa, occorre valutare la loro applicazione concreta nei casi che qui interessano, ovvero quelli in cui la donna vittima di maltrattamenti domestici reagisce - nella maggior parte dei casi mortalmente - contro il proprio carnefice, approfittando di un frangente temporale in cui quest'ultimo non può costituire una reale minaccia, perché dormiente o altrimenti inoffensivo.

Sulla scorta di quanto evidenziato nei paragrafi precedenti, è facilmente intuibile quale sia l'orientamento della giurisprudenza sull'argomento: di fronte ad una donna che reagisce contro il tiranno domestico quando questi non è in grado di rappresentare un'effettiva minaccia, non può essere riconosciuta la causa scriminante, difettando almeno uno dei suoi elementi costitutivi, ovvero l'attualità del pericolo.

A riprova di quanto affermato, si consideri che le rare volte in cui i giudici hanno adottato una soluzione diversa su tema, le relative pronunce possono essere elencate una ad una, tanto è esiguo il loro numero.

Fra le sentenze che hanno espressamente riconosciuto la legittima difesa in favore delle donne maltrattate, meritano un'espressa menzione, per il rigore delle argomentazioni e l'approfondimento delle questioni trattate, quella Tribunale per i Minori di Potenza del 5 marzo 1953¹³⁸ Corte di Assise Como 7 aprile 1976, confermata poi da Corte di Assise di Appello di Milano 19 aprile 1977¹³⁹.

Il caso trattato con la prima delle sentenze menzionata, noto anche come caso Cerzeto, concerne l'uccisione da parte della minore imputata del proprio padre dormiente con un colpo secco alla nuca.

Il contesto in cui è maturata la decisione omicidiaria è uno dei più tremendi che si possa immaginare: l'imputata è stata abusata sessualmente dal padre sin dalla età di otto anni e rimasta incinta di quest'ultimo, il tutto nella piena consapevolezza della madre che non ha mai fatto nulla per impedire il reiterarsi delle immonde condotte. A ciò si aggiunga il clima di isolamento e terrore in cui l'aguzzino ha costretto a vivere le donne della famiglia, conscio che solo una totale chiusura verso il mondo esterno gli avrebbe fornito sufficienti garanzie per continuare a perpetrare impunemente gli orrendi delitti di cui si è reso responsabile.

Orbene, in questo contesto, in un giorno che non si distingueva da tutti gli altri quanto a penosità delle condizioni di vita dell'imputata e della di lei madre, la minore ha deciso di armare la propria mano contro colui che l'aveva messa al mondo, ferendolo mortalmente.

Il Tribunale, esclusa l'incapacità di intendere e volere della Cerzeto, ha subito focalizzato la propria attenzione sul vero "*punctum dolens*"¹⁴⁰ dell'intera vicenda, ovvero l'esistenza di una situazione di pericolo attuale.

Nell'esaminare il ragionamento seguito dal Tribunale nel riconoscere la legittima difesa, ci si rende immediatamente conto di come il valore ermeneutico della sentenza non debba essere sopravvalutato, giacché l'organo giudicante, onde conseguire il risultato

¹³⁸ Il testo integrale della sentenza in commento è riportato in *Giust. Pen.*, 1953, II, 755 ss.

¹³⁹ Ampli stralci delle pagine conclusive della sentenza di primo grado sono contenute in *L'Indice pen.*, 1979, 135 ss con nota di NUVOLONE, *Questioni in tema di legittima difesa*, ivi

¹⁴⁰ Sono proprio queste le parole utilizzate dai giudici - cfr. Tribunale per i Minori di Potenza, 5 marzo 1953 in *Giust. pen* cit., 756 - le quali lasciano chiaramente trasparire come il maggiore ostacolo che si frappone al riconoscimento della legittima difesa in favore delle donne maltrattate risieda proprio nel concetto di attualità e nell'interpretazione datane da dottrina e giurisprudenza.

assolutorio, ha fatto ricorso ad un vero e proprio *escamotage*: l'esistenza del pericolo attuale è stata ammessa prendendo a riferimento, oltre al delitto istantaneo di violenza sessuale, un reato di natura permanente oggi non più annoverato tra le fattispecie penalmente rilevanti dal codice penale, ovvero il plagio¹⁴¹, enfatizzando gli effetti di natura psicologica, assimilabili ad una vera e propria riduzione in schiavitù, che le continue vessazioni a cui la minore è stata sottoposta hanno prodotto in lei.

Si è, infatti, già detto come, con riferimento ai reati permanenti, l'attualità del pericolo permanga sino a che la condotta tipica di reato non si esaurisca, non essendo possibile ravvisare, per le caratteristiche stesse di tale tipologia di reato, una pausa tra un'azione criminosa e un'altra, con la conseguenza che quest'ultime devono costituire oggetto di una valutazione unitaria, senza alcuna soluzione di continuità.

Dunque, secondo i giudici potentini, posto che l'imputata ha agito quando l'offesa al bene giuridico tutelato dal delitto di plagio non era ancora cessata¹⁴², ne discende che la sua condotta è pienamente sussumibile nell'articolo 52 c.p.¹⁴³.

Per quanto concerne, poi, il requisito della proporzionalità tra offesa e difesa, se ne è statuito il rispetto, valorizzando la circostanza che la minore non avesse a propria disposizione altri mezzi che la pistola utilizzata per l'uccisione del padre¹⁴⁴.

¹⁴¹ Il delitto in questione era punito ai sensi dell'articolo 603 c.p., dichiarato costituzionalmente illegittimo con sentenza del 9 aprile 1981 n. 96 a causa della sua eccessiva indeterminatezza che, oltre a contrastare con l'articolo 25 della Costituzione, ne rendeva praticamente impossibile l'applicazione pratica.

¹⁴² Nella sentenza, a proposito dell'imminenza del delitto di plagio, si legge - cfr. Tribunale per i minori di Potenza, 5 marzo 1953 cit., 758 - *"il padre aveva già consumato questo delitto ai danni della figlia e quella notte fatale la consumazione era in atto ... vi era, quindi, pericolo attuale di un danno ingiusto"*.

¹⁴³ Tribunale per i minori di Potenza 5 marzo 1953 cit., 760: *"la situazione di danno derivante da questo delitto ... sarebbe potuta cessare soltanto quando il padre lo avesse voluto, ed il padre si era al riguardo pronunciato negativamente, in termini espliciti che non consentivano speranze di sorta. La madre, unica persona al corrente di questa situazione e nella possibilità di portare aiuto all'imputata, si era arresa per paura alla prepotenza dell'altro accettando una situazione paradossale. La stessa imputata aveva trovato nella paura collettiva della famiglia alimento per la propria paura e non poteva neppure sfiorare col pensiero la possibilità di denunciare il padre, sicura che la vendetta di costui l'avrebbe, prima o poi, raggiunta e schiacciata. Vi era, perciò, anche la necessità urgente o indilazionabile, per fare cessare il danno, di difendersi con mezzi violenti essendo falliti tutti i tentativi pacifici a cui essa avrebbe potuto ricorrere"*.

¹⁴⁴ Ciò, secondo SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa cit.*, 217 dimostrerebbe proprio la presenza di un legame tra il requisito dell'attualità e quello della proporzione, dal momento che, avendo i giudici adottato una nozione ampia di attualità, per riequilibrare l'interpretazione dell'articolo 52 c.p., si è dovuto adottare una nozione più rigorosa dell'altro elemento. Pertanto, secondo l'A, il Tribunale di Potenza, onde eludere le strette interpretative connesse al requisito della proporzionalità, ha riferito quest'ultima, anziché al rapporto tra i contrapposti interessi, ai mezzi a disposizione dell'agredito, di modo che la valutazione positiva in ordine al suo rispetto fosse obbligata: poiché l'imputata al momento dell'azione

Nonostante tale sentenza sia apprezzabile per lo sforzo compiuto nel cercare di comprendere la complessa situazione in cui s'inserisce l'azione criminosa, evitando di considerare quest'ultima come una monade, avulsa dal relativo contesto di riferimento, tuttavia, non fornisce alcun valido ausilio ermeneutico per risolvere i casi che qui interessano. Invero, il requisito dell'attualità non è stato oggetto di alcun particolare approfondimento teorico, dal momento che, come si è detto, per non sconvolgere il tradizionale assetto interpretativo elaborato sul punto, è stata fatta applicazione della nozione classica di attualità, mutando la qualificazione giuridica della condotta contro cui viene realizzata la condotta difensiva, passata dalla violenza sessuale al plagio.

E' invece dotata di un peso ermeneutico nettamente superiore la sentenza emessa dalla Corte di Assise di Como, poi confermata in appello.

Il caso che la Corte si è trovata a dover decidere riguarda un altro brutale episodio di maltrattamenti in famiglia cui per anni è stata sottoposta dal proprio marito la signora Sacchinello, senza che le denunce all'autorità giudiziaria o a familiari e conoscenti sortissero alcun effetto se non quello di aumentare ancor di più la veemenza dell'uomo.

Una notte, quando le aggressioni dell'uomo, accompagnate da minacce di morte, avevano raggiunto un picco di violenza, la Sacchinello decise di approfittare del sonno in cui era piombato il carnefice per impadronirsi della pistola che quest'ultimo teneva sotto il cuscino ed esplodere un unico colpo mortale nei suoi confronti, alla presenza della cognata e dei figli.

delittuosa aveva a propria disposizione unicamente la pistola con cui ha colpito mortalmente il padre, un'azione difensiva meno afflittiva, data la situazione concreta, non poteva nemmeno essere concepita. A questo riguardo, l'A. afferma che *“l'interpretazione della proporzione come rapporto tra mezzi a disposizione dell'agredito ed i mezzi da lui effettivamente utilizzati svolge la funzione ... di giustificare l'inflizione di lesioni difensive estremamente più gravi di quelle minacciate”*. Sul punto si rendono, tuttavia, necessarie due brevi riflessioni. La prima è che l'aver riferito la proporzionalità ai mezzi anziché ai beni può forse trovare spiegazione se si considera che, all'epoca, il moderno concetto di proporzione non si era ancora consolidato, essendo da troppi pochi anni entrata in vigore la Costituzione. La seconda riflessione concerne, invece, le conseguenze che si pretendono di trarre dalla sentenza *de qua* in merito ai rapporti tra attualità e proporzione. A riguardo si evidenzia che, se anche fosse vero che i giudici potentini hanno utilizzato in via strumentale la nozione meno recente di proporzionalità come rapporto tra mezzi, a ciò non ha fatto eco l'adozione di un concetto più lato dell'attualità. Invero, se il pericolo che si è ritenuto di poter configurare nel caso di specie è quello relativo al delitto di plagio, non può essere revocato in dubbio che, trattandosi di un reato permanente già in corso di esecuzione, nella situazione concreta vi fossero tutti gli estremi cui è subordinato il riconoscimento dell'attualità medesima. Di conseguenza, la mancanza di proporzione, intesa quale rapporto tra gli interessi in conflitto, tra l'offesa e la difesa discende direttamente dal tipo di bene giuridico che si reputa attinto dall'aggressione: la libertà individuale - salvaguardata dall'articolo 603 c.p. -, cui si contrappone la vita umana.

Escluso, anche in questa sede, un eventuale difetto di capacità di intendere e di volere dell'imputata, i giudici si soffermano, dapprima, sulla sussistenza di una situazione qualificabile come pericolo attuale, e, in seconda battuta, sulla necessità della reazione difensiva

Sotto quest'ultimo profilo, la Corte valorizza i pregressi tentativi di porre fine ai maltrattamenti tramite l'intervento dell'autorità giudiziaria e dei familiari, entrambi rivelatosi fallimentari, in quanto essi, anziché arrestare la furia dell'uomo, la hanno acuita, aumentando il senso di impotenza e di rassegnazione dell'imputata di fronte al suo triste destino di violenza e vessazione.

Secondo l'organo giudicante, la Sacchinello, in sostanza, non aveva alcuna via di scampo, essendo intrappolata in una relazione perversa, senza alcuno spiraglio da cui intravedere una possibile via di fuga per sé e i suoi figli: il terrore di una reazione incontrollata del tiranno di fronte ad un'ipotetica ribellione, unitamente ad una condizione di totale dipendenza economica da quest'ultimo, avevano prodotto in lei un vero e proprio effetto paralizzante¹⁴⁵.

In merito, invece, all'attualità del pericolo, la Corte ne ha fornito un'interpretazione innovativa, puntualizzando come, al fine di verificare il rispetto del requisito in esame, occorre concentrarsi non tanto sulla situazione che precede nell'immediato l'azione letale, ma sull'intero contesto in cui questa è maturata, costellato da ripetuti episodi di violenza, sia fisica che psicologica. A questa stregua, dunque, il fatto che il marito maltrattante, al momento della condotta difensiva, stesse dormendo non inficia il ragionamento condotto dai giudici circa l'esistenza di un pericolo imminente, posto che *“nelle pause - n.d.t. tra una condotta di maltrattamento e l'altra - l'offesa non c'è, ma il pericolo non scema”*; ciò implica che *“misurare i margini della contiguità cronologica attraverso le cinque ore che separano il coricarsi dagli spari, può essere fatto soltanto misurando il tempo vissuto in quell'intervallo, e non quello decorso sul quadrante*

¹⁴⁵ Cfr. NUVOLONE, *Questioni in tema di legittima difesa* cit., 135-136 Si legge, infatti, in proposito nella sentenza di primo grado: *“la questione di una diversa possibilità della donna di sottrarsi al pericolo, fuggendo, deve fare i conti non solo con la topografia della stanza, con l'ora notturna, ma con l'esperienza dell'inutilità dei tentativi passati di trovar scampo; con il vincolo terrorizzante della presenza di quell'uomo, sul suo tragitto fisico, e sul potere soggiogante della dimostrazione ch'egli le ha dato poco prima dell'impossibilità di sottrarsi al suo furore; con gli effetti (che il perito chiama paralizzanti) del suo soggiogamento all'uomo; con l'impossibilità di abbandonare i figli [...] a sostituirla - come già altra volta che s'era sottratta - come bersaglio della furia dell'uomo -”*.

*dell'orologio", trattandosi di " un intervallo che non separa con altri il massacro della sera della promessa di morte che s'approssima all'alba", bensì "della stessa situazione, della stessa stanza, della stessa presenza"*¹⁴⁶.

Infine, quanto alla proporzione, anch'essa è stata ritenuta rispettata dai giudici dell'Assise, sia pur riferendola ai mezzi difensivi in concreto a disposizione dell'imputata¹⁴⁷.

Contrariamente a quanto sostenuto da quella dottrina che predica l'esistenza di un legame diretto tra attualità e proporzione, si evidenzia che, anche riferendo quest'ultima agli interessi e non ai mezzi, la soluzione non sarebbe mutata, atteso che, essendosi riconosciuta l'esistenza di un pericolo "*immanente, attualissimo e concreto*" per il bene vita, l'uccisione del tiranno rappresenta senza dubbio una reazione che si mantiene all'interno dei confini segnati dalla proporzione medesima.

1.6 La struttura dell'articolo 52 c.p. consente effettivamente alle donne di invocare la legittima difesa?

Al termine dell'analisi dei singoli requisiti costitutivi della legittima difesa e del modo con cui vengono interpretati dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie - ivi comprese alcune voci, per il vero assai poche, dissonanti - risulta evidente come la struttura della legittima difesa sia interamente improntata su di un modello maschile, che la rende difficilmente applicabile in favore delle donne.

In Italia, a differenza che negli ordinamenti di *common law*¹⁴⁸, se si eccettua un'isolata dottrina¹⁴⁹, è mancata del tutto un'analisi del tema, e ciò è dipeso in gran parte da un minore sensibilità del nostro ordinamento alle problematiche di genere.

¹⁴⁶ NUVOLONE, *loc. ult.* cit: "*ai fini del nostro problema non appare dubbio che anche in quell'attimo - e soprattutto in quell'attimo - il pericolo di una offesa ingiusta fosse presente, attuale e acutissimo*"

¹⁴⁷ NUVOLONE, *Questioni in tema di legittima difesa cit.*, 138,

¹⁴⁸ L'esame della letteratura d'oltreoceano elaborata sul punto, pur nella sua vastità, sarà oggetto di approfondimento nel capitolo successivo, ove, in un'ottica comparativa, verrà presa in considerazione la struttura e l'interpretazione che i paesi di *common law* forniscono della causa di giustificazione in esame

¹⁴⁹ Il riferimento è a SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa cit.*

La ragione per cui la causa scriminante *de qua* mal si attaglia alla condizione femminile è da ravvisarsi nella situazione di conflitto alla base della codificazione dell'istituto, oltre che in motivazioni di carattere storico-sociale. Anzi, a ben vedere, si tratta di due aspetti tra di loro intimamente connessi, in quanto l'individuazione delle tipologie di conflitto risente dell'influenza esercitata sia dall'andamento della storia che dello sviluppo sociale.

Sotto il profilo storico, riprendendo quanto già detto in precedenza, si osserva che l'introduzione di una norma generale e astratta in materia di legittima difesa, in grado di applicarsi ad una serie pressoché infinita di casi, è una conquista recentissima, giacché, è solo con il codice Zanardelli che la scriminante in esame assurge a rango di istituto di parte generale, abbandonando il terreno della parte speciale, abbandono che, però, diverrà definitivo solo con l'emanazione del codice Rocco, ovvero con la eliminazione delle cause di non punibilità speciale ¹⁵⁰ e la propagazione dell'effetto di liceità anche alle azioni poste a tutela di beni patrimoniali ¹⁵¹.

Tuttavia, le situazioni di scontro tipiche che, in base al precedente assetto legislativo, legittimavano la reazione difensiva dell'aggredito, hanno condizionato l'attuale formulazione dell'articolo 52 c.p., nonché l'interpretazione che di esso danno dottrina e giurisprudenza. In definitiva, si può affermare che, ad onta del tenore letterale della norma sulla legittima difesa, quest'ultima contiene ancora traccia delle originarie forme di conflitto da cui ha preso le mosse la speculazione teorico-normativa sulla causa scriminante. Ci si riferisce, in particolare, ai modelli che affondano le loro origini nel diritto romano del duello, ovvero dello scontro in campo aperto tra due uomini di pari forza e vigore, e dell'uomo guerriero che difende il proprio focolare domestico ¹⁵² da tutti quegli attacchi che provengono dal mondo esterno ¹⁵³.

¹⁵⁰ Si tratta dell'articolo 376 del codice penale del 1889 dove, in sostanza, erano annoverate, sia pure in forma riassuntiva, tutte le ipotesi in presenza delle quali si configurava la legittima difesa.

¹⁵¹ SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 67.

¹⁵² Nel diritto romano alla figura dell'uomo guerriero corrispondeva quella del *fur nocturnus* ovvero del ladro che, nottetempo, si introduceva nell'altrui abitazione per impadronirsi di tutti i beni ivi riuscisse a reperire. In questo caso, a differenza che nello scontro aperto tra duellanti, l'aggressore e l'aggredito non si trovavano su di un piano di parità, essendo deteriore la posizione del *fur* che con la propria condotta viola l'altrui intimità domestica, con la conseguenza che i confini della legittima difesa vengono interpretati in maniera molto più ampia, sino a scriminare una reazione difensiva che interviene quando ormai il pericolo non più dirsi attuale, ovvero dopo l'impossessamento della *res* da parte del ladro in fuga. Questa impostazione, tuttavia, non ha caratterizzato solo l'ordinamento romano, ma anche tutti i

Pertanto, nonostante l'articolo 52 c.p. e, prima ancora, l'omologo contenuto nel codice Zanardelli, non discriminino, almeno in apparenza, tra individui di sesso maschile e femminile, il rigido rispetto di tutti i requisiti prescritti dalla norma impedisce di fatto alle donne di accedere alla tutela apprestata dalla legittima difesa, soprattutto nei casi in cui vengono in rilievo episodi di violenza domestica.

Invero, il subordinare la reazione difensiva all'attualità del pericolo e alla verifica dell'assenza di condotte alternative lecite o dotate di minore lesività si pone in termini particolarmente problematici nei confronti delle donne che reagiscono contro i mariti maltrattanti, in considerazione della fisiologica disparità fisica tra i contendenti e dell'esistenza di un pregresso rapporto di conoscenza tra i due. Al contrario, detti requisiti ben si conciliano con la posizione reciprocamente assunta da due individui di pari sesso e corporatura che s'incontrano per la prima volta al momento dello scontro oppure con la situazione dell'uomo guerriero che si trova costretto a reagire contro l'incursione di un perfetto sconosciuto all'interno della propria abitazione.

Con specifico riferimento alle ipotesi limite di legittima difesa e alla loro compatibilità con la struttura dell'articolo 52 c.p. A. SZEGÖ osserva: *“all’attacco in campo aperto o, in alternativa, all’introduzione furtiva di un soggetto nel domicilio dell’altro, si sostituisce un’aggressione in un luogo di comune (ancorché temporanea) coabitazione (la stanza di una casa, la cella di una prigioniera, la corsia di un ospedale, etc.). Al posto di due avversarsi si trovano due soggetti con forza e capacità offensive diverse, tali da rendere l’uno superiore all’altro [...] ma una disparità può sussistere anche da un punto di vista sociale, come accade quando uno dei due soggetti detenga sull’altro una qualche forma di potere, essendone, ad esempio, il padre, il marito, il datore di lavoro, etc. ed, infine, la diversità si estende alle capacità offensive, che sono maggiori nel*

successivi, financo l'attuale codice penale italiano. A tal proposito, basti pensare alla riforma che nel 2006 ha subito la legittima difesa, con l'introduzione dei commi 2 e 3 dell'articolo 52 c.p. che disciplinano la c.d. legittima difesa domiciliare. Attualmente, peraltro, è al vaglio del Senato, dopo il parere favorevole da parte della Camera dei Deputati, l'approvazione di un progetto di legge che coinvolge sia l'articolo 52 c.p. che l'articolo 59 c.p., in cui viene dato ampio risalto al fatto che l'aggressione sia commessa di notte, oppure introducendosi nell'altrui domicilio, personale o professionale, con violenza alle persone o alle cose, oppure mediante minaccia o inganno.

¹⁵³ Per l'individuazione, in chiave storica, di tali modelli alla base dell'istituto della legittima difesa, si rimanda al primo capitolo della parte prima dell'opera di SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., pag. 14 ss. in particolare.

*contendente che risulti assolutamente determinato nel portare a termine lo scontro, ovvero abituato ad esercitare e/ o subire attacchi violenti*¹⁵⁴.

Quanto da ultimo asserito dall'A. in merito ai profili di rilevanza sociale da parte dell'A. permette di illustrare la ragione per cui, ancora a distanza di diverso tempo dal definitivo abbandono di un'impostazione casistica in tema di legittima difesa, i primigeni modelli di conflitto esercitano ancora una preponderante influenza sul modo di intendere i singoli requisiti costitutivi della scriminante: l'attaccamento della nostra società (anche se, come messo in luce dalla letteratura nord-americana che verrà esaminata nel secondo capitolo, si tratta di una questione che abbraccia trasversalmente l'intero continente) a schemi di stampo maschilista e a stereotipi di genere¹⁵⁵, ancora ben lontani dall'essere debellati, nonostante i progressi compiuti negli ultimi anni. Basti pensare, per concentrare l'attenzione al solo settore del diritto penale, alla normativa in vigore fino al 1975 - su cui si rimanda all'introduzione e, in particolare, alla nota n. 13 -, ragion per cui è ben possibile affermare, senza paure di smentite, che il diritto si è sempre preoccupato essenzialmente della regolamentazione dei rapporti di forza tra uomini, escludendo qualsiasi rilevanza legale alle dinamiche relazionali tra donna abusata e partner maltrattante, considerate una faccenda privata.

D'altro canto, oltre alle singole *rationes* individuate a fondamento della legittima difesa, anche i singoli prototipi di conflitto ravvisati alla base di quest'ultima ne indirizzano significativamente l'attività ermeneutica, incidendo, in particolare, sull'ampiezza con cui vengono intesi i singoli elementi costitutivi della norma¹⁵⁶.

Si anticipa sin da ora che quest'ultima considerazione verrà ripresa oltre, in quanto fornisce degli spunti preziosi per cercare di fornire una risposta, soprattutto in una

¹⁵⁴ SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 13. L'A., peraltro, a pag. 13, sottolinea come, anche a seguito dell'attuale assetto normativo assunto dalla legittima difesa, molti dei casi in cui viene invocata l'applicazione della causa scriminante non trovano adeguata sistemazione all'interno dell'articolo 52 c.p., esulando delle tipologie di conflitto in funzione delle quali è stata pensata la struttura della scriminante.

¹⁵⁵ Cfr. sulla storica denigrazione e discriminazione delle donne WELLDON, *Madre, madonna, prostituta. Idealizzazione e denigrazione della maternità*, 1995, 127: "Se le donne avessero alle spalle una più antica tradizione di appartenenza alle strutture del potere, forse il loro atteggiamento nei confronti degli uomini e dei figli non sarebbe più governato, come accade ancora oggi, da una debolezza che esse si sforzano di trasformare in ossessività e controllo".

¹⁵⁶ così SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 13

prospettiva *de iure condito*, alle donne che cercano di sottrarre loro stesse e i propri figli alle continue violenze cui vengono sottoposti dal marito/padre-padrone.

CAPITOLO 2

LA PRATICABILITÀ DELLA SOLUZIONE DELLA LEGITTIMA DIFESA PUTATIVA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO, ANCHE ALLA LUCE DELL'ESPERIENZA DELL'ORDINAMENTO NORD-AMERICANO.

2.1- La legittima difesa putativa: cenni e inquadramento normativo - 2.2 La natura dell'esclusione dalla responsabilità penale prevista per le cause di giustificazione putative dal comma 4 dell'articolo 59 c.p. - 2.3 Individuazione della base e del parametro di giudizio da impiegare per accertare lo stato di pericolo nell'ambito della scriminante putativa della legittima difesa - 2.4 La giurisprudenza italiana sull'applicabilità della legittima difesa putativa ai casi di reazione contro il tiranno domestico - 2.5 Le prospettive di riforma dell'articolo 59 comma 4 c.p. attualmente al vaglio del Parlamento - 2.6 Cenni sull'istituto della legittima difesa nell'ordinamento angloamericano - 2.7 La struttura della legittima difesa secondo il modello angloamericano - 2.8 La ragionevolezza dell'errore circa l'esistenza della *self-defense*: individuazione del metro di giudizio applicabile - 2.9 *La Battered Woman Syndrome* e il suo utilizzo quale parametro per la dimostrazione della ragionevolezza della condotta tenuta dalle donne imputate dell'uccisione del loro carnefice - 2.10 Aspetti critici connessi alla teoria della *Battered Woman Syndrome*

2.1 La legittima difesa putativa: cenni e inquadramento normativo.

Dopo aver analizzato nel precedente capitolo l'istituto della legittima difesa e la sua praticabilità quale strumento per risolvere i casi particolari di legittima difesa che qui interessano, si procederà ora alla disamina di un'altra figura di parte generale di diritto penale: la legittima difesa putativa, onde verificare se l'impiego di detta figura sia in grado di sortire effetti pratici migliori nell'inquadramento del fenomeno della violenza di genere e nel conseguente trattamento giuridico.

La prima parte del capitolo sarà, pertanto, dedicata all'analisi degli elementi costitutivi dell'articolo 59 comma 4 c.p. e dei principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali elaborati sul punto, con particolare riferimento alla nozione di ragionevolezza dell'errore. Nella seconda parte, invece, si cederà il passo alla comparazione, soprattutto con gli Stati Uniti d'America, allo scopo di verificare se la c.d. *Battered Woman Syndrome* - d'ora in poi BWS -, a cui hanno fatto ricorso nei paesi di *common law* molte delle difese di donne accusate dell'uccisione dei propri conviventi, sia importabile in Italia, contribuendo a fornire una più solida base alla dimostrazione della ragionevolezza dell'errore - circa la sussistenza degli elementi costitutivi della legittima difesa - in cui la donna vittima di maltrattamenti, proprio per tale sua condizione, sarebbe incorsa.

La legittima difesa putativa trova la propria disciplina nel comma 4 dell'articolo 59 c.p., norma che, tuttavia, ha un ambito di applicazione molto più ampio, in quanto si riferisce, in generale, a tutte le cause di esclusione della punibilità, dettando per esse una regolamentazione uniforme: *“se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa quando il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo”*.

La disposizione in questione prende in esame le *“cause di esclusione della pena”*, al pari del comma, impegnando non poco gli interpreti nello stabilire l'esatto significato da attribuire all'espressione¹⁵⁷; ai fini che qui interessano, è sufficiente rilevare come sia

¹⁵⁷ Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Codice penale commentato* cit., sub. art 59 c.p., 1019 ss. Gli autori danno atto di come l'opinione maggioritaria riconduca all'espressione *“cause di esclusione della pena”*

che compare sia nel comma 1 che nel comma 4 dell'articolo 59 c.p. tre distinti istituti: a) cause di giustificazione; b) cause di esclusione della colpevolezza; c) cause di non punibilità in senso stretto. Tale opinione, secondo gli A., sarebbe preferibile rispetto a quella minoritaria che, invece, ricomprende in un'unica categoria, denominata genericamente "*elementi negativi del fatto di reato*", le cause di giustificazione e le cause di esclusione della colpevolezza - teoria alla quale, tuttavia, aderiscono illustri esponenti della dottrina penalistica italiana quali GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, 1961, 64 e 93; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale* cit., 273 e 756; MANTOVANI, *Diritto penale* cit., 236 -, in quanto la separazione concettuale tra cause che escludono l'illiceità del fatto tipico e cause che, invece, ne escludono la rimproverabilità trova eco nell'articolo 652 c.p.p., dettato in tema di effetti del giudicato penale nei giudizi civili e amministrativi. Invero, la circostanza che il codice di procedura penale adotti la distinzione in esame suggerisce, in chiave sistematica, di tenerne conto nell'interpretare gli istituti di diritto sostanziale, se non altro per le diverse ricadute pratiche che ne derivano, oltre che per evidenti ragioni di simmetria connesse alla struttura tripartita del reato. Per un'efficace illustrazione della distinzione, nell'ambito delle cause di esclusione della colpevolezza, tra cause che eliminano l'illiceità del fatto da ogni settore dell'ordinamento giuridico e cause che, invece, incidono, elidendola, sulla colpevolezza, si rimanda a GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, 1951, 59.

Ciò posto in linea generale sul concetto di cause di esclusione della punibilità, è interessante notare come, almeno secondo una parte della dottrina, non vi sia piena coincidenza di significato tra l'espressione utilizzata al comma 1 e quella utilizzata al comma 4. In estrema sintesi, per quanto concerne il primo comma dell'articolo 59 c.p. che detta la regola dell'operatività esclusivamente oggettiva, oltre che delle cause che attenuano la pena, anche di quelle che la escludono, secondo l'orientamento largamente maggioritario è pacifico che rientrino nella previsione normativa le cause di giustificazione. Ciò in base alla natura stessa delle cause scriminanti: se queste ultime sono tali da elidere, su di un piano oggettivo, l'illiceità del fatto conforme alla fattispecie tipica, ne discende che, ai fini della loro concreta operatività, è del tutto irrilevante il corrispondente atteggiamento psicologico del soggetto agente (in questo senso, si veda, tra i molti che si sono occupati dell'argomento, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale* cit., 247; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale* cit., 258; ROMANO-GRASSO-PADOVANI, *Commentario sistematico* cit., 648). Tuttavia, secondo un'impostazione minoritaria, le cause di giustificazione non possono essere totalmente svincolate dall'elemento soggettivo, in quanto colui che realizza un fatto sussumibile entro i confini di una norma incriminatrice si pone in contrasto con i valori dell'ordinamento, destando allarme sociale, con la conseguenza che l'inapplicabilità della sanzione penale nei suoi confronti si giustifica in quanto vi sia un elemento di segno contrario in grado di neutralizzare l'istanza punitiva. Tale elemento, secondo i fautori della tesi in esame, sarebbe rappresentato proprio dall'atteggiamento psicologico dell'agente: solo nell'ipotesi in cui si accerti che costui abbia violato il precetto penale al solo scopo di salvaguardare il superiore interesse protetto dalla norma scriminante, viene meno l'allarme sociale suscitato da tale violazione, e con esso, l'esigenza di repressione penale (cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, 1992, 205. In termini sostanzialmente analoghi si veda anche FIORE, *Cause di giustificazione e fatti colposi*, 1996, 25, SCHIAFFO, *Le situazioni "quasi scriminanti" nella sistematica teleologica del reato*, 1998, 179. Per una esauriente e approfondita trattazione dell'argomento si rimanda a SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione*, 1980, il quale, partendo da una puntuale disamina delle singole cause di giustificazione, giunge a dimostrare come nel nostro ordinamento non possa trovare accoglimento la teoria dell'operatività esclusivamente oggettiva delle cause di giustificazione). In senso contrario a questo orientamento VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di valori* cit., 325 e, recentemente, anche BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, 2007, 333, i quali osservano come, in base ai principi cardine del diritto penale, in mancanza di un danno sociale, non si giustifica l'esercizio della potestà punitiva da parte dello Stato, come plasticamente evidenziato dalle norme che conferiscono irrilevanza penale al tentativo inidoneo (art 56 c.p.), al reato putativo per errore di fatto (art. 49 comma 1 c.p.) e al reato impossibile per inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto dell'azione medesima (art. 49 comma 2 c.p., ove peraltro, si specifica che la punibilità è esclusa quando l'evento dannoso o pericoloso è impossibile). Sul punto è stato, peraltro, evidenziato come la teoria che contrasta l'applicazione oggettiva delle cause di giustificazione contrasta con lo stesso tenore letterale dell'articolo 59 comma 1 c.p., finendo così per avallare una sorta di *interpretatio abrogans* della norma. Invero, è stato rilevato come, nonostante il pregevole sforzo di un'acuta dottrina di restringere il campo di applicazione del comma 1 dell'articolo 59

c.p. al solo errore di diritto - circa l'*inesistenza* di una causa di giustificazione - con esclusione di quello di fatto, il conflitto con la lettera della disposizione permane, posto che, diversamente, non si riuscirebbe a spiegare la ragione per cui, invece, le cause di esclusione della pena di cui al comma 4 si riferiscono all'*errore di fatto* - circa l'*esistenza* degli estremi di una causa di giustificazione - (cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Codice penale commentato* cit., 1024). La portata del principio dell'applicazione oggettiva delle cause di giustificazione non deve tuttavia essere intesa come assoluta, poiché anche gli autori che ne sostengono l'operatività, ammettono delle eccezioni; nello specifico, in tutti quei casi in cui la stessa struttura della norma scriminante contempla al proprio interno degli elementi che, per essere concretamente applicati, richiedono necessariamente una particolare conoscenza o finalità in capo al soggetto agente, come ad esempio la "costrizione" (così MARINUCCI, (voce) *Cause di giustificazione* cit., 143; VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di valori* cit., 326).

Per quanto concerne, invece, le cause di esclusione della colpevolezza, al fine di determinare il perimetro applicativo dell'articolo 59 comma 1 c.p. si distinguono le cause scusanti in senso stretto da tutte le altre (cause di non punibilità; cause di esclusione del dolo e della colpa; ignoranza inevitabile della legge penale), posto che solo per queste ultime si reputa che l'atteggiamento psichico dell'agente sia irrilevante. Con riferimento, invece, alle cause scusanti in senso stretto che si caratterizzano per l'esistenza di un perturbamento psichico concomitante all'azione che rende non esigibile, e quindi non rimproverabile, la violazione del precetto penale, l'opinione prevalente ritiene che l'applicazione della regola del comma 1 dell'articolo 59 c.p. sia del tutto illogica, posto che non è immaginabile una situazione che impatti sulla psiche del soggetto agente e che sia, nel contempo, ignorata da quest'ultimo (così in particolare ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità* in *Riv. it. dir. pen.*, 1990, 67). Un'attenta dottrina (cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Codice penale commentato* cit., 1025) ha introdotto sul punto la distinzione tra cause di esclusione della colpevolezza che contemplano al loro interno un particolare stato d'animo soggettivo, come ad esempio lo "stato d'ira determinato dal fatto ingiusto altrui" di cui all'articolo 599 comma 2 c.p., da quelle che, invece, sono prive di richiamo ad uno *status* soggettivo. Solo nella seconda ipotesi, a ben vedere, si può effettivamente parlare di una eccezione al comma 1 dell'articolo 59 c.p.; nella prima, invece, la rilevanza della condizione psicologica si giustifica per la stessa formulazione letterale della norma che disciplina la causa scusante in senso stretto, senza che con ciò venga scalfita la portata del principio della rilevanza oggettiva delle cause di esclusione della pena. Sull'argomento cfr., in particolare, MARINUCCI-DOLCINI *loc. ult.* cit: "[...] laddove la singola norma non contempli espressamente alcun elemento soggettivo, la deroga al principio posto dall'articolo 59 comma 1 c.p. discende da un'interpretazione restrittiva secondo la ratio della norma stessa. [...] La regola posta dall'articolo 59 co 1 non si applica, pertanto, alle cause scusanti in senso stretto".

Infine, per quanto riguarda le cause di non punibilità in senso stretto, è pacifico il loro assoggettamento alla regola dettata dal comma 1 dell'articolo 59 c.p., sia per l'inequivoco tenore letterale della disposizione sia per l'assenza di ragioni politico-criminali in tal senso ostative (cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Codice penale commentato* cit., 1026).

Spostando l'attenzione sul comma 4 dell'articolo 59 c.p., nessun dubbio circa la applicabilità della disciplina in questione alle cause di giustificazione, anche se, come si vedrà meglio in seguito, né in dottrina né in giurisprudenza vi è chiarezza sul fondamento dogmatico alla base dell'esclusione della punibilità del soggetto agente. Più articolata è, invece, la disciplina *de qua* con riferimento alle cause di esclusione della colpevolezza. Sempre distinguendo, da un lato, tra cause di non imputabilità, di esclusione del dolo e della colpa (art 45-48 c.p.) e ignoranza inevitabile della legge penale e, dall'altro, cause scusanti in senso stretto, l'orientamento maggioritario sottrae le prime dal raggio operativo della disposizione, argomentando sulla scorta del rilievo che si tratta di tutti casi in cui l'inapplicabilità della sanzione penale dipende esclusivamente da una valutazione del giudice, senza che l'atteggiamento interno del soggetto agente possa in alcun modo interferire (in questo senso si veda GALLO, (voce) *Dolo* in *Enciclopedia del Diritto*, XIII, 1964, 750; in senso conforme GROSSO, *L'errore sulle scriminanti* cit., 108). Con riferimento, invece, alle cause scusanti in senso stretto, si assiste ad una maggiore oscillazione di vedute, soprattutto tra dottrina e giurisprudenza. La dottrina, infatti, proprio valorizzando il dato letterale della disposizione, non individua alcun ostacolo all'applicazione della disciplina del reato putativo anche alle scusanti in senso stretto (cfr., in particolare, ROMANO, *Cause di giustificazione* cit. 71), a differenza della giurisprudenza che, invece, in tali ipotesi (specie con riferimento all'esimente della

pacifico che la norma si applichi anche alle cause di giustificazione e, dunque, anche alla legittima difesa.

Per quanto concerne il fondamento dogmatico alla base delle scriminanti putative, esso è parimenti discusso, specie in dottrina, posto che la giurisprudenza, dal canto suo, pur

“reazione legittima agli atti dei pubblici ufficiali” disciplinata 4 del D. lgt 288/1944 e, ad oggi, sostanzialmente trasfusa nell’articolo 393 bis c.p., esimente, peraltro, ricondotta da alcuni autori come ANOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*. II, 1982, 744 nel novero delle cause di esclusione dell’antigiuridicità anziché della colpevolezza), non sempre ha fatto applicazione del comma 4 dell’articolo 59 c.p. (*ex multis*, Cass. 14.1.1998 n. 2329, Fiorentini, CED 209965: “*In materia di atti arbitrari del pubblico ufficiale, l’art. 4 del d.l. lgt. 14 settembre 1944 n. 288 non prevede una circostanza di esclusione della pena ricadente sotto la disciplina dell’art. 59 cod. pen., ma dispone l’esclusione della tutela nei confronti del pubblico ufficiale che se ne dimostri indegno: essa pertanto trova applicazione solo in rapporto ad atti che obbiettivamente e non soltanto nell’opinione dell’agente, concretino una condotta arbitraria.*”; in termini sostanzialmente analoghi si veda anche Cass. 5.11.1996 n. 10747, Figus, CED 206333. La giurisprudenza, senza alcuna ragione giustificatrice della diversa presa di posizione, ha invece ricondotto al comma 4 dell’articolo 59 c.p. l’esimente della provocazione di cui al comma 2 dell’articolo 599 c.p., mandando, dunque, esente da pena colui che abbia commesso il fatto diffamatorio nell’erronea convinzione reagire ad un fatto ingiusto altrui (per tutti si veda Cass. 16.10.1986 n. 13942, Tivoli, CED 174568: “*per l’applicabilità dell’esimente della provocazione, prevista per i reati di ingiuria e di diffamazione dal secondo comma dello art. 599 cod. pen., occorre che la reazione sia conseguenza di un fatto che per la sua intrinseca illegittimità o per la sua contrarietà alle norme del vivere civile abbia in sé la potenzialità di suscitare un giustificato turbamento nell’animo dell’agente. L’esimente in questione può anche configurarsi sotto il profilo della putatività, ai sensi dell’art. 59 cod. pen. - circostanze non conosciute o erroneamente supposte - qualora ricorra una ragionevole, anche se erronea, opinione dell’illiceità del fatto altrui, ma in tal caso si richiede che l’errore sia plausibile, ragionevole e logicamente apprezzabile*”).

Sul tema del rapporto tra cause scusanti in generale e comma 4 dell’articolo 59 c.p., si segnalano le riflessioni svolte da MARINUCCI-DOLCINI, *Codice penale commentato* cit., 1033. Secondo gli A., vi sarebbe una incompatibilità di fondo tra la disciplina tracciata dalla norma in commento e l’errore che ricade sui presupposti fattuali delle cause scusanti, dal momento che colui che pone in essere un fatto di reato con piena coscienza e volontà e con la consapevolezza dell’illiceità della propria condotta - per l’assenza di cause di giustificazione - agisce, in realtà, con dolo. Pertanto, proseguono gli A., la mancata punizione dell’autore ai sensi del comma 4 dell’art. 59, ovvero per mancanza di dolo - anche se il punto non è pacifico, come meglio si dirà nel prosieguo - non si giustifica alla luce dei principi generali del diritto penale, posto che la mancata attivazione del potere repressivo statale dovrebbe trovare fondamento, proprio in applicazione di detti principi, nell’impossibilità di muovere un rimprovero a titolo di colpa in capo all’agente; sulla scorta di tali considerazioni, viene, dunque, auspicata una riforma dell’articolo 59 comma 4 c.p.. Le osservazioni svolte dagli A. non paiono, tuttavia, pienamente convincenti, in quanto si fondano su di un presupposto tutt’altro che pacifico in dottrina, ovvero che il fuco del dolo comprenda, oltre ai presupposti fattuali della condotta, anche la illiceità della condotta di reato (cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *loc. ult. cit.* “[...] *onde non si spiega perché mai un tale errore dovrebbe fare venire meno il dolo che è - appunto - coscienza e volontà di commettere un fatto tipico e antigiuridico*”) e di cui si darà conto, sia pur sinteticamente, nel prosieguo della trattazione.

Da ultimo, si consideri che, contrariamente a quanto ritenuto con riferimento al comma 1 dell’articolo 59 c.p., si esclude che il comma 4 della medesima disposizione possa trovare applicazione anche alle cause di non punibilità in senso stretto: sarebbe, infatti, assurdo ammettere la loro operatività per il solo fatto che l’agente ne ha ipotizzato esistenza nel caso concreto, trattandosi di circostanze che non incidono né sul dolo né sulla colpa, ma rispondono unicamente a esigenze di opportunità politico-criminale, come tali svincolate da qualsiasi rapporto con il foro interno dell’autore del reato (così GROSSO, *L’errore sulle scriminanti* cit., 107; in senso conforme si veda anche ROMANO-GRASSO-PADOVANI, *Commentario sistematico* cit., 655; MARINUCCI-DOLCINI, *Codice penale commentato* cit., 1034).

senza prendere espressamente posizione sul tema, ha da sempre assunto un atteggiamento più netto, interpretando in maniera piuttosto rigorosa i requisiti strutturali del comma 4 dell'articolo 59 c.p. (su cui v. *infra*).

Nell'illustrare la disciplina tratteggiata dal comma 4 dell'articolo 59 c.p. conviene, dunque, prendere le mosse proprio dalla vasta e ricca elaborazione giurisprudenziale sul tema, esaminando in un secondo momento le tesi sviluppate della dottrina, tesi che, peraltro, assumono come punto di partenza proprio la casistica giurisprudenziale.

La Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sui presupposti per la configurabilità delle scriminanti putative, è costante nel subordinare l'applicazione della relativa disciplina ad una rigorosa prova della ragionevolezza o comunque, della scusabilità, dell'errore in cui si è imbattuto il soggetto agente, allo scopo di impedire che venga data rilevanza a qualsivoglia allegazione difensiva da parte dell'imputato, dal momento che, in caso contrario, tale allegazione si presterebbe ad un uso processuale distorto e pretestuoso.

In questa ottica, ben si comprende il motivo per cui la giurisprudenza, nell'accertare se nel caso concreto vi siano effettivamente gli estremi di una scriminante putativa, conduca un'approfondita e rigorosa analisi sulla presenza di una serie di elementi in grado di riscontrare obiettivamente l'errore allegato dall'imputato: *“In tema di cause di giustificazione, l'imputato che deduca una determinata situazione, di fatto a sostegno dell'operatività di un'esimente reale o putativa, deve provarne la sussistenza, non essendo sufficiente una mera asserzione sformita di qualsiasi sussidio probatorio. Ne deriva che l'allegazione da parte dell'imputato dell'erronea supposizione della sussistenza dello stato di necessità deve basarsi, non già su un mero criterio soggettivo, riferito al solo stato d'animo dell'agente, bensì su dati di fatto concreti, i quali siano tali da giustificare l'erroneo convincimento in capo all'imputato di trovarsi in tale stato”*¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Così Cass. n. 28325/2003, Rv. 225761. Nello stesso senso, *ex multis*, cfr. Cass. n. 4337/2006 Rv. 233189; Cass. 8336/1998 Rv 211144; Cass. n. 14771/1989 Rv 182420. L'orientamento in questione è stato ribadito anche di recente da Cass. Sez. I 15.10.2015 n. 5153 a proposito di un caso che coinvolgeva, fra le altre, la tematica della legittima difesa putativa ed in relazione al quale, a proposito del metro di giudizio da impiegare per statuire la putatività o meno della causa scriminante, si è statuito che: *“si tratta di una valutazione di carattere relativo, e non assoluto ed astratto, rimessa al prudente apprezzamento del giudice di merito, dovendo egli esaminare, di volta in volta e in concreto, se la particolare situazione sia obiettivamente tale da far sorgere l'errore di trovarsi nelle condizioni di fatto che, se fossero realmente esistenti, escluderebbero l'antigiuridicità della condotta prevista dalla legge come reato, con*

Invero, nel caso in cui ci si basasse esclusivamente sulle asserzioni dell'imputato, non sarebbe possibile per il giudice effettuare alcun vaglio critico sulle asserzioni medesime, con il rischio di ampliare in misura eccessiva la portata applicativa del comma 4 dell'articolo 59 c.p.; di qui l'esigenza, di cui si fanno plasticamente portatrici le segnalate pronunce della Suprema Corte, di ancorare la valutazione sulla ricorrenza o meno di una situazione di putatività a dei parametri certi e oggettivi, agevolmente verificabili in sede giudiziaria.

Gli stessi principi enunciati, in via generale, per tutte le cause di giustificazione, sono stati ribaditi anche per legittima difesa, la quale, tra tutte le scriminanti, è quella che vanta la più copiosa produzione giurisprudenziale. In argomento è stato, infatti, specificato che *“l'errore scusabile, nell'ambito della legittima difesa putativa, deve trovare adeguata 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 un'offesa ingiusta”*¹⁵⁹. *“La legittima difesa putativa postula i medesimi presupposti di quella reale, con la sola differenza che nella prima la situazione di pericolo non sussiste obiettivamente ma è supposta 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 un'offesa ingiusta; sicché, in mancanza di dati di fatto concreti, l'esimente putativa non può ricondursi ad un criterio di carattere meramente soggettivo identificato dal solo timore o dal solo stato d'animo dell'agente”*¹⁶⁰.

la precisazione che, in una simile prospettiva interpretativa delle risultanze probatorie, la valutazione deve essere necessariamente estesa a tutte le circostanze che possano avere avuto effettiva influenza sull'erronea supposizione, dovendo tenersi conto, oltre che delle modalità del singolo episodio considerato, anche di tutti gli elementi fattuali che - pur essendo antecedenti all'azione - possano spiegare la condotta tenuta dai protagonisti della vicenda ed avere avuto concreta incidenza sulla insorgenza dell'erroneo convincimento di dover difendere sé o altri da un'ingiusta aggressione, non potendo, invece, ritenersi sufficienti a tal fine gli stati d'animo e i timori personali, non basati su circostanze oggettive”.

¹⁵⁹ Cass. n. 3464/2009 Rv. 245634.

¹⁶⁰ In questo senso si veda Cass. n. 3898/1997 Rv 207376.

2.2 La natura dell'esclusione dalla responsabilità penale prevista per le cause di giustificazione putative dal comma 4 dell'articolo 59 c.p.

Proprio prendendo spunto dall'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato, la dottrina si è prevalentemente interrogata, senza tuttavia giungere ad una soluzione unanimemente condivisa, sulla natura della responsabilità che residua in capo a colui che abbia agito in presenza di una causa di giustificazione putativa.

La dottrina che si è occupata a fondo della tematica¹⁶¹ ha rilevato come l'interpretazione che la giurisprudenza ha fornito del comma 4 dell'articolo 59 c.p. appaia, almeno *prima facie*, scarsamente compatibile con il dettato normativo. La norma in questione, infatti, viene tradizionalmente letta come speculare rispetto all'articolo 47 comma 1 c.p. che, nel caso di errore sui presupposti del fatto che costituisce reato, esclude il dolo in capo al soggetto agente; in virtù di tale simmetria, pertanto, anche l'esclusione della responsabilità penale prevista dal comma 4 dell'articolo 59 c.p. dovrebbe fondarsi sulla mancanza di dolo. A ben vedere, però, il rigoroso richiamo da parte della giurisprudenza a concetti quali ragionevolezza e scusabilità dell'errore pare attagliarsi, più che alla categoria del dolo, a quella della colpevolezza in senso normativo, atteso che tali concetti, a loro volta, rimandano agli orientamenti elaborati dalla Corte Costituzionale in materia di errore sul precetto penale, ove la responsabilità dell'autore di un fatto di reato è stata esclusa per la mancanza di colpevolezza in senso normativo - superando dunque il tenore letterale della norma che, sotto questo profilo, è stata ritenuta in contrasto con l'articolo 27 della Costituzione - in tutti quei casi in cui l'ignoranza della legge penale si fosse rivelata inevitabile¹⁶².

¹⁶¹ Alla tematica dell'errore sulle cause scriminanti sono stati dedicati alcuni lavori monografici particolarmente approfonditi: GROSSO, *L'errore sulle scriminanti* cit.; SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, 1961; CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, 2002. BELLAGAMBA, *I problematici confini della scriminante* cit. ha approfondito la materia delle scriminanti, seppur con un approccio più casistico, incentrato sul tentativo di mettere ordine ad una serie di ipotesi normative di natura ibrida, a cavallo tra le cause di giustificazione e le cause di esclusione della colpevolezza, prendendo definitivamente posizione sulla prospettata alternativa.

¹⁶² In questo senso cfr. DE VERO, *Le scriminanti putative. Profili problematici e fondamento della disciplina* in Riv. it. dir. pen., fasc. 3, 1998, 776: "Ora, l'atteggiamento della giurisprudenza osservato quasi quarant'anni fa mantiene a tutt'oggi inalterata vitalità ed attualità. D'altra parte non sembra contestabile che, a voler considerare tale orientamento fondato e suscettibile di applicazione generalizzata, finirebbe per risulterne sensibilmente modificata la disciplina di cui all'art. 59, ultimo

La questione ha assunto contorni particolarmente delicati soprattutto in tempi recenti, in parallelo all'evolversi delle teorie sulla struttura del reato che hanno comportato il definitivo superamento della tesi dei c.d. elementi negativi del fatto tipico.

Invero, quando ancora tali tesi trovava ampio sostegno tra gli interpreti¹⁶³, la regola prevista dal comma 4 dell'articolo 59 c.p., appariva come una mera trasposizione dei principi generali del diritto penale: poiché le cause di giustificazione, nella sistematica del reato non ricoprivano un ruolo autonomo, ma erano considerate elementi di segno negativo interni alla stessa fattispecie tipica, ne conseguiva che l'errore sulla loro esistenza veniva a riverberarsi, automaticamente, sul fatto di reato, facendo venire in meno il dolo. Di qui la tradizionale equiparazione, cui si accennava poc'anzi, del comma 4 dell'articolo 59 c.p. all'articolo 47 comma 1 c.p.¹⁶⁴.

Con l'affermarsi della struttura tripartita del reato, accolta dalla dottrina ampiamente maggioritaria e dalla giurisprudenza, è divenuto problematico riuscire a conciliare la disciplina prevista per le cause di giustificazione putative, non solo con le nette prese di posizione della giurisprudenza di cui sopra, ma anche con l'automa posizione assegnata alla categoria delle illiceità all'interno della dogmatica del reato.

Le soluzioni che sono state individuate dalla dottrina maggioritaria per riuscire a superare l'*impasse* appaiono ancor oggi non del tutto soddisfacenti, in quanto si limitano, da un lato, a rivendicare l'autonomia delle cause di giustificazione nella sistematica del reato, rinnegando la teoria degli elementi negativi del fatto, dall'altro, a

comma, c.p., come appunto sosteneva la risalente opinione sopra richiamata: dovrebbe qui ravvisarsi non più una sicura ipotesi di mancanza di dolo - come inclina tuttora a ritenere la prevalente dottrina sia pure respingendo la teorica delle scriminanti come requisiti negativi di tipicità - ma piuttosto una causa d'esclusione della colpevolezza in senso normativo, fondata su presupposti d'invincibilità o inevitabilità dell'errore non dissimili nella sostanza da quelli rilevanti in materia di conoscibilità della legge penale". Il riferimento dell'A. è all'opera di SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti* cit., 109, 131 ss. e 150 in cui viene per la prima volta sollevata la questione relativa alla discrasia tra l'orientamento giurisprudenziale in commento e la lettera della legge, giungendo ad affermare che, a differenza della disciplina dettata dall'art. 47 comma 1 c.p., l'articolo 59 comma 4 c.p. esclude la punibilità del soggetto agente non per l'assenza di dolo, ma perché "elimina qualcosa di diverso che presuppone appunto la esistenza del dolo" (cfr. pag. 112 opera cit.)

¹⁶³ È interessante notare come aderisca a tale teoria GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit.

¹⁶⁴ Rileva come la formulazione del comma 4 dell'articolo 59 c.p. appaia in sintonia con la teoria degli elementi negativi del fatto di reato ROMANO-GRASSO-PADOVANI, *Commentario sistematico* cit., 654. Negli stessi termini si veda anche DE VERO, *Le scriminanti putative* cit., 777: "Si è già accennato che la teoria delle cause di liceità come requisiti negativi del fatto tipico non possa certo allo stato vantare una priorità di rango; eppure essa resta il punto di riferimento privilegiato o comunque naturale dell'attuale disciplina dell'art. 59, ultimo comma, c.p., come sottolinea anche chi si dissocia dalla corrispondente opzione di teoria generale"

continuare a ravvisare nella manca dell'elemento psicologico doloso il fondamento della esclusione della responsabilità penale ai sensi del comma 4 dell'articolo 59 c.p.¹⁶⁵. In particolare, per continuare a sostenere la mancanza di un comportamento cosciente e volontario da parte del soggetto agente, gli interpreti sono costretti a fornire una versione alquanto singolare del concetto stesso di dolo, intendendolo come rappresentazione e volizione non tanto di un fatto che possieda i connotati tipici descritti dalla norma incriminatrice, bensì di un fatto che, alla stregua dei paramenti dettati dall'ordinamento giuridici, sia qualificabile come lecito¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Cfr. in particolare, MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in Riv. it. dir. pen., 1983, 1242 ss.

¹⁶⁶ In questi termini MARINUCCI, *Fatto e scriminanti* cit., 1248, il quale, riferendosi proprio alla disciplina delle cause di giustificazione putative, afferma che: “*per la concezione qui difesa, la scelta del legislatore italiano è del tutto ovvia, e merita approvazione. Il reato di omicidio doloso esige un “fatto” di omicidio - la causazione della morte di un uomo -; l’antigiuridicità del fatto - la causazione della morte di un uomo non accompagnata dai connotati di una scriminante -; e la dolosa commissione di un fatto di omicidio che l’ordinamento considera antigiuridico. Quando perciò il contenuto della rappresentazione e volizione - secondo la valutazione dell’ordinamento - è un fatto di omicidio lecito come l’omicidio per legittima difesa (perché l’agente, ad es. ha voluto uccidere chi ha erroneamente visto nei panni di un aggressore alla sua vita), è del tutto razionale che la legge italiana escluda la responsabilità dolosa: manca il dolo di omicidio che, essendo volontà di realizzare un fatto di omicidio considerato dalla legge come antigiuridico, non può proprio profilarsi quando ciò che si è voluto realizzare è un fatto di omicidio che l’ordinamento considera lecito*”. Va, peraltro, rilevato come l’A., con una motivazione che più che il frutto di una rigorosa dimostrazione logico-giuridica appare un espediente per la risoluzione di un problema di ordine pratico, onde evitare che la propugnata concezione del dolo porti a delle conseguenze applicative inaccettabili (ovvero che, ai fini dell’accertamento della responsabilità penale, sia richiesta la consapevolezza dell’aver agito in assenza di alcuna causa di giustificazione), reputa necessario dimostrare unicamente in capo al soggetto agente via sia una consapevole volontà di realizzare un fatto illecito secondo i precetti dell’ordinamento giuridico, senza pretendere un rigoroso accertamento sulla sussistenza, in concreto, degli estremi di una causa di giustificazione. Il punto è ulteriormente esplicitato in MARINUCCI-DOLCINI, *Codice penale commentato* cit., 1027 ove, si sottolinea come, in caso di errore sull’esistenza delle scriminanti, l’agente orienta la propria condotta verso un fine considerato lecito dall’ordinamento, così ponendosi in una condizione mentale incompatibile con il dolo: “*anzitutto errore sul divieto ed errore sulla causa di giustificazione costituiscono due fenomeni ben diversi sul piano fattuale: nel primo caso, l’agente erra sui criteri di valutazione della liceità della propria condotta e, dunque, orienta la propria volontà in una direzione oggettivamente contraria alle scelte di tutela dell’ordinamento; nel secondo caso, all’opposto, l’agente valuta la situazione di fatto - pur erroneamente rappresentata - con i medesimi criteri propri dell’ordinamento e non manifesta pertanto alcuna ribellione alle scelte di valore dell’ordinamento stesso. Se, dunque, il dolo - come autorevolmente si insegna - esprime il contrasto obiettivo tra le scelte di valore dell’agente e dell’ordinamento, allora è evidente che nel caso di errore sulla situazione scriminante il dolo non sussista, in difetto appunto di tale contrasto tra le scelte di valore individuale e quelle ordinamentali*”. Sull’argomento si veda in senso sostanzialmente conforme PULITANÓ, *L’errore di diritto nella teoria del reato*, 1976, 392; *id*, *Diritto Penale*, 2013, 381, il quale esprime a chiare lettere che, colui che agisce sulla base della falsa rappresentazione relativa all’esistenza di cause di giustificazione, non è punibile per mancanza di dolo, il quale deve, pertanto, ritenersi comprensivo, oltre che degli estremi del fatto tipico, anche del disvalore della condotta. Sembra, invece, opporsi a tale ricostruzione allargata del concetto di dolo FIANDACA, *Diritto penale* cit., 359 che definisce l’elemento psicologico in questione come “*volontà consapevole di realizzare il fatto tipico*” e più oltre,

Sull'argomento, una parte minoritaria della dottrina ha fornito una diversa interpretazione dell'articolo 59 comma 4 c.p., individuando nell'assenza di colpevolezza in senso normativo la ragione a fondamento dell'esclusione della responsabilità penale. In questo senso, si è, infatti, osservato che colui che erra circa la sussistenza dei presupposti fattuali di una causa di giustificazione, agisce, in realtà, con la piena consapevolezza e volontà di realizzare un fatto corrispondente alla previsione incriminatrice. Essendo, pertanto, in tal caso indubbia la configurabilità del dolo, non rimane che spiegare la mancata attivazione della sanzione penale con l'esclusione della colpevolezza: a venire in rilievo nell'ipotesi *de qua* non sarebbe un errore sul fatto tipico - evidentemente l'unico che in sostenitori dell'orientamento in parola ritengono in grado di neutralizzare il coefficiente psicologico doloso - bensì un errore sulla illiceità, tale da rendere non rimproverabile il comportamento tenuto dal soggetto agente¹⁶⁷.

interrogandosi sull'oggetto del medesimo (361 ss.), afferma come esso abbracci esclusivamente gli elementi richiesti per la configurazione delle singole fattispecie di reato, escludendo la sua estensione anche all'antigiuridicità o alla illiceità penale. Tuttavia, l'A., in merito al fondamento dogmatico dell'esclusione della punibilità ai sensi del comma 4 dell'articolo 59 c.p., non esita ad individuarlo nell'assenza di dolo, rilevando come l'atteggiamento psicologico di colui che agisce nelle condizioni contemplate dalla norma non è compatibile con l'elemento soggettivo in questione, dal momento che in capo all'autore della condotta difetta la volontà - e prima ancora la rappresentazione - di porre in essere un fatto costituente reato (cfr. pag. 260 e nota n. 10). Se è vero che tale posizione può essere spiegata facendo riferimento al nesso inscindibile, sottolineato dall'A., che intercorre tra elemento oggettivo e offensività della condotta - nesso dovuto alla stessa connotazione in senso contrario alle scelte valoriali compiute dall'ordinamento (sia pur solo in termini fattuali/sostanziali pena la violazione dell'art. 5 c.p.) dell'evento del reato o, in caso di reati di mera condotta, della condotta stessa -, essa non appare del tutto in linea con alcune esternazioni dell'A. medesimo. Ci si riferisce, in particolare, all'affermazione secondo cui, avuto riguardo al sistema dell'incriminazione penale nel suo complesso, non è possibile ravvisare per ogni fattispecie tipica una piena consapevolezza in capo al soggetto agente - sia pur in una diversa e parallela dimensione pregiudiziale fattuale-del suo disvalore. Viene, invero, constatato come molte delle figure delittuose previste dal nostro ordinamento non trovano una immediata corrispondenza nella dimensione sociale in cui sono immersi i diretti destinatari del precetto penale, in quanto non bisogna trascurare come, soprattutto negli ultimi tempi, sia cresciuto notevolmente il numero dei reati di c.d. mera creazione legislativa, in relazione ai quali difficilmente può dirsi che la loro contrarietà agli interessi tutelati dall'ordinamento sia radicata nella descrizione del fatto tipico. Proprio in considerazione della presenza, accanto a reati dotati di un substrato fattuale immediatamente percepibile come contrario ai valori sociali da parte dei consociati, di fattispecie delittuose di mera creazione legislativa, l'A. auspica una riforma del sistema penale: "*ne deriva che una piena affermazione del principio secondo cui al dolo inerisce la coscienza dell'offesa presupporrebbe una profonda riforma dell'ordinamento penale vigente, diretta a circoscrivere l'ambito della rilevanza penale a quei soli fatti il cui disvalore sia tendenzialmente percepibile in una dimensione fattuale concreta e, comunque, preesistente alla qualificazione giuridico-penale*". In definitiva, stando alle stesse riflessioni svolte dall'A., l'affermazione secondo cui il dolo ricomprenda sempre in sé la consapevolezza della contrarietà della condotta ai valori tutelati dall'ordinamento non può essere accolta, dal momento che per numerose disposizioni incriminatrici l'affermazione in questione non trova effettivo riscontro.

¹⁶⁷ Cfr. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti* cit., 87, 112. In senso conforme si veda anche DOLCE, *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale*, 1957, 23;

Nonostante il pregevole sforzo compiuto da questa dottrina di valorizzare il concetto di colpevolezza in senso normativo, rimasto a lungo silente nei lavori degli studiosi italiani di diritto, e di armonizzare la disciplina sulla putatività con le posizioni particolarmente rigorose della giurisprudenza, il contrasto con il dato normativo permane. Infatti, se si ravvisa nella mancanza di colpevolezza la ragione giustificatrice dell'esclusione della pena già per la prima parte del comma 4 dell'articolo 59 c.p., si fatica ad individuare un residuo ambito di applicazione della seconda parte della norma medesima che, nel caso in cui l'errore sia stato determinato da colpa, prevede espressamente una responsabilità, a titolo di colpa, in capo al soggetto agente, sempre che il titolo del reato lo consenta.

Se si parte dall'assunto da cui prendono le mosse i sostenitori della tesi in esame, a prescindere dalla natura, colpevole o incolpevole, dell'errore sulle cause di giustificazione, la rappresentazione e volizione del fatto tipico rimane in ogni caso ferma; pertanto, nell'ipotesi contemplata dalla seconda parte dell'articolo 59 comma 4 c.p., il permanere della responsabilità penale non può che spiegarsi con la impossibilità, avuto riguardo alla condotta tenuta dall'agente, di escludere la colpevolezza in senso normativo. Ma una tale conclusione contrasta con il dato della legge, posto che la norma fa inequivocabilmente riferimento alla colpa intesa come elemento psicologico del reato che si contrappone al dolo, sicché il richiamo alla colpevolezza in senso normativo -

FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, I, 1993, p. 413 ss., il quale giunge a ravvisare a fondamento della disciplina delle scriminanti putative l'assenza di colpevolezza, basandosi su di una analogia tra l'errore de quo e l'errore sulla legge penale. Sulla questione si segnala anche la rigorosa ricostruzione operata da DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991, 524 ss. e 545 ss., al fine di dimostrare come alla radice dell'esclusione della punibilità ex art 59 comma 4 c.p. non possa essere ravvisata l'assenza di dolo. Secondo l'A., escludere il dolo in capo a colui che ha agito ritenendo per errore l'esistenza di una situazione scriminante equivale a invertire il rigoroso ordine con cui devono essere accertati dal giudice gli elementi costitutivi del reato. Il dolo, infatti, argomenta l'A., costituisce un elemento del fatto tipico, il quale ultimo, a livello logico-giuridico, precede la categoria dell'antigiuridicità; pertanto, poiché nel caso delle scriminanti- sia pure putative - si profilano delle questioni che rientrano nel campo dell'illiceità, ne discende che, proprio in base alla sistematica del reato, l'accertamento dell'elemento psicologico deve essere dato per presupposto. Diversamente, non si potrebbe passare alla categoria successiva di cui si compone il reato, l'antigiuridicità appunto. In senso critico alle riflessioni esposte, si veda DE VERO, *Le scriminanti putative* cit., nota n. 116, il quale obietta efficacemente che la equiparazione tra scriminanti reali e putative, su cui si fonda la teoria sostenuta dall'autore, sia del tutto arbitraria, stante la profonda differenza tra i due istituti. Sulla scorta di tale premessa, egli conclude nel senso di non ravvisare alcuna illogicità in quell'orientamento che si ferma al fatto tipico del reato, escludendo il dolo, per giustificare la esenzione dalla responsabilità penale tratteggiata dal comma 4 dell'articolo 59 c.p., posto che la scriminante putativa, a differenza di quella reale, trova effettiva corrispondenza solo nella mente del soggetto agente, con la conseguenza che la categoria della antigiuridicità, avente natura esclusivamente oggettiva, non può essere invocata nel caso che qui interessa.

ovvero ad un elemento che, nella sistematica del reato, occupa una posizione distinta rispetto a quella dell'elemento psicologico medesimo, tant'è che la colpevolezza in senso normativo è compatibile tanto con il dolo quanto con la colpa - appare destituita di ogni fondamento. Peraltro, anche l'ultimo inciso della disposizione in analisi conforta tale presa di posizione, essendo indubbio che la colpa ivi presa in considerazione sia quella in senso psicologico - e non già normativo -, trattandosi del criterio soggettivo di imputazione di cui al comma 2 dell'articolo 42 c.p. D'altro canto, non vi è alcun motivo per ritenere che tra la colpa di cui alla prima parte dell'ultimo periodo dell'articolo 59 comma 4 c.p. e quella di cui all'ultima parte non vi sia una piena simmetria concettuale. Al fine di risolvere le aporie interpretative riscontrate, non rimane forse che prendere atto di come la norma che regola le cause di giustificazione putative sia stata formulata dal legislatore avendo di mira l'inserimento delle cause di giustificazione all'interno degli elementi negativi del fatto tipico, con conseguente venir meno - almeno nelle intenzioni del legislatore - del dolo; un'eventuale diversa disciplina della materia *de qua* può essere fatta valere unicamente in una prospettiva *de iure condendo*, mentre, di contro, ogni tentativo di agire in una prospettiva *de iure condito* è destinato a scontrarsi inevitabilmente con il dato letterale.

Se, tuttavia, si muove dal presupposto che alla radice dell'esclusione della punibilità prevista dal comma 4 dell'articolo 59 c.p. vi sia la carenza di dolo, la discrepanza tra diritto positivo e diritto vivente appare in tutta la sua drammaticità, mettendo a dura prova gli interpreti nel tentativo di sminuirne la portata.

Proprio nel compimento di detto sforzo, è stato sottolineato come il riferimento operato dalla giurisprudenza alla ragionevolezza dell'errore debba essere inteso esclusivamente in chiave processuale, ovvero come elemento di riscontro alle allegazioni dell'imputato, le quali altrimenti, troverebbero ingresso all'interno del processo penale senza essere state preventivamente sottoposte al vaglio critico del giudice¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Cfr. DE VERO, *Le scriminanti putative* cit., 791, il quale osserva come “La ragionevole persuasione fondata sul contesto obiettivo non va dunque intesa come qualificazione normativa del momento genetico dell'erronea rappresentazione insorta nell'agente, ma va piuttosto riferita ai processi di valutazione e d'accertamento da parte del giudice: solo in presenza dei corrispondenti presupposti - avverte in definitiva la giurisprudenza di legittimità - può dirsi correttamente conseguita la prova della "realtà psichica" dell'errore e ci si può cautelare dal rischio di consentire l'ingresso nella dinamica processuale a discolpe del tutto pretestuose da parte dell'imputato”. In termini che paiono sostanzialmente

Tuttavia, gli stessi sostenitori della tesi qui propugnata osservano come, ad un più approfondito esame delle pronunce della Corte di Cassazione, soprattutto quelle intervenute sul tema della legittima difesa putativa e dello stato di necessità, il riferimento alla ragionevolezza dell'errore possa non essere propriamente collocato su di un piano processuale: dalla stessa terminologia impiegata da giudici del Supremo Consesso, sembra trapelare la convinzione che tra scriminanti reali e putative non intercorra alcuna differenza ontologica, costituendo entrambe manifestazione di uno stesso fenomeno sostanziale¹⁶⁹. Infatti, mentre con riferimento alle scriminanti dell'esercizio di un diritto e del consenso dell'avente diritto¹⁷⁰, l'orientamento della giurisprudenza, teso a richiedere in capo al soggetto agente una scrupolosa e analitica verifica dei presupposti fattuali che, se realmente esistenti, renderebbero legittima la condotta di reato, può essere spiegato senza dover scomodare le categorie del diritto penale sostanziale, diversa è la situazione che si pone per le altre cause di giustificazione, nello specifico per la legittima difesa e lo stato di necessità. Il puntuale richiamo alla ragionevolezza e alla scusabilità dell'errore, in quest'ottica, non può che trovare il proprio referente sul versante sostanziale del reato, in quanto involge la più vasta e complessa tematica relativa al concetto di pericolo sottesa ad istituti generali del

sovrapponibili a quelli dell'A. si veda anche Cass. 20 aprile 1990, in Cass. pen., 1991, p. 1963, a proposito di un caso in cui veniva in rilievo la scriminante del consenso dell'avente diritto nell'ambito dell'esercizio della professione medica (nello specifico, si trattava di un infermiere che abusava sessualmente delle proprie pazienti, adducendo, a proprio scarico, la circostanza che, a fronte della mancata reazione di queste ultime, aveva ritenuto di agire con il loro consenso).

¹⁶⁹ Cfr. DE VERO, *loc. ult. cit.*

¹⁷⁰ Particolarmente vasta è l'elaborazione giurisprudenziale in tema di esercizio scriminante del diritto di cronaca, ove, al fine di mandare esente da responsabilità penale l'autore di uno scritto diffamatorio, non ci si accontenta del personale convincimento del cronista circa la veridicità o la verosimiglianza della notizia, ma si richiede un attento e accurato vaglio delle fonti informazione. In questo senso, si veda, *ex multis*, Cass. 4 dicembre 1996, in Cass. pen., 1998, p. 448; Cass. 14 giugno 1996, *ivi*, p. 447; Cass. 23 aprile 1992, *ivi*, 1993, p. 2265; Cass. 20 ottobre 1987. In argomento si segnala anche una risalente pronuncia delle Sezioni unite del 30 giugno 1984 n. 8959 in cui appare particolarmente evidente come il rischio ad uno scrupoloso vaglio delle fonti informative sia richiesto non tanto al fine di verificare la genesi dell'errore sulla situazione scriminante, quanto al fine di una rigorosa prova in merito all'esistenza stessa dell'errore: *“Poiché non esistono fonti informative privilegiate, il semplice affidamento sulla attendibilità della fonte di informazione non è sufficiente per il riconoscimento della scriminante putativa dell'Esercizio del diritto di cronaca. Tale scriminante è ipotizzabile solo quando, pur non essendo obiettivamente vero il fatto narrato, il cronista abbia tuttavia assolto l'Onere di esaminare, controllare e verificare i fatti oggetto della sua narrazione ed offerto la prova della cura da lui posta negli accertamenti svolti per vincere ogni dubbio ed incertezza prospettabili in ordine a quella verità”*.

Sulla rilevanza, invece, del consenso putativo scriminante, si veda Cass. 20 aprile 1990, in Cass. pen., 1991, p. 1963; Cass. 7 dicembre 1977, in Riv. pen., 1978, p. 657.

diritto penale, quali il concetto di idoneità degli atti nel tentativo, l'imputazione obiettiva dell'evento del reato, la prevedibilità dell'evento nei reati colposi¹⁷¹.

In considerazione del grado di approfondimento teorico che la prospettiva da ultimo citata ha ricevuto da parte della dottrina in commento, la quale è giunta ad individuare una convincente - a parere di chi scrive - linea di demarcazione tra legittima difesa/stato di necessità reali e putativi, il prossimo paragrafo sarà interamente dedicato alla illustrazione dei criteri alla stregua dei quali operare detta distinzione.

Al termine di tale illustrazione, si verificherà se tale impostazione sia in grado di fornire degli spunti utili al fine di prendere posizione - al di là di quanto osservato in precedenza - sulla tematica oggetto del presente paragrafo circa la natura dolosa o meno della condotta di colui che abbia agito in presenza di una scriminante putativa. Esulando dall'obiettivo del presente lavoro effettuare una puntuale ricostruzione dogmatica avente ad oggetto il comma 4 dell'articolo 59 c.p., non ci si dilungherà nel valutare se gli esiti a cui si perverrà percorrendo tale opzione ermeneutica possano essere estesi oltre i casi di legittima difesa e lo stato di necessità, al fine di spiegare, più in generale, quale sia l'effettiva ragione di ordine sostanziale celata dietro la disciplina delle cause di giustificazione putative¹⁷².

Nel corso della successiva esposizione, per evidenti ragioni connesse all'oggetto del tema della ricerca, verrà presa in considerazione essenzialmente la scriminante putativa della legittima difesa con un focus sul requisito della attualità del pericolo - che, peraltro, con riferimento ai casi problematici di legittima difesa che qui interessano, costituisce il requisito che desta maggiori problemi -, senza, però, dimenticare che gran

¹⁷¹ Cfr. DE VERO, *Le scriminanti putative* cit., 798. Sul punto si vedano anche le riflessioni di G.V. DE FRANCESCO, *Il "modello analitico" fra dottrina e giurisprudenza: dogmatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1991, 109 ss. che utilizza l'aggettivo "singolare" per riferirsi all'atteggiamento della giurisprudenza sul tema della legittima difesa e dello stato di necessità putativi - specie con riferimento al requisito della attualità del pericolo -, evidenziando come, in questo modo, si venga a creare una distanza incolmabile, a livello di disciplina normativa, tra l'errore sulle cause di giustificazione (art. 59 comma 4 c.p.) e l'errore sugli elementi costitutivi del reato, "*il cui effetto impeditivo della responsabilità dolosa non viene subordinato ad analoghe condizioni di ragionevolezza*".

¹⁷² Sul punto si veda DE VERO, *Le scriminanti putative* cit., 810, il quale, nel tentativo di far salva la giurisprudenza in materia di scriminanti putative, ipotizza che gli orientamenti di cui la Suprema Corte si è fatta portatrice nel corso degli anni siano, in realtà, l'espressione, più che di radicate convinzioni in ordine alla natura dell'esclusione della responsabilità penale, di specifiche esigenze pratiche, connesse alle peculiarità delle singole scriminanti che, di volta in volta, vengono in rilievo.

parte delle considerazioni che verranno di seguito svolte conservano la loro piena validità anche per lo stato di necessità putativo.

2.3 Individuazione della base e del parametro di giudizio da impiegare per accertare lo stato di pericolo nell'ambito della scriminante putativa della legittima difesa.

Come accennato poc'anzi, la ricostruzione oggetto del presente paragrafo muove dalla premessa secondo cui la differenza tra cause di giustificazione reali e putative - differenza destinata naturalmente a riflettersi sia sulla base sia sui parametri di giudizio con cui queste ultime devono essere, rispettivamente, accertate - andrebbe ricercata sul terreno del diritto sostanziale, partendo dall'esatto significato da attribuire al termine pericolo, termine che, seppur sotto una diversa angolatura, ricorre tanto nella legittima difesa di cui all'articolo 52 c.p. quanto in quella putativa¹⁷³.

Riprendendo in parte dei concetti esposti nel precedente capitolo, si rammenta come il pericolo indica la probabilità che, avuto riguardo alle circostanze concrete che accompagnano la commissione dell'azione, si verifichi l'evento di danno.

Se questa è, in linea di massima, la definizione di pericolo generalmente accolta nel diritto penale, la differenza tra reale e putativo è solo in apparenza semplice, in quanto, la nozione stessa di pericolo evoca una situazione di incerta verifica che rende labili i confini tra i due istituti. Pertanto, al fine di individuare quali casi debbano essere ricondotti alla legittima difesa putativa, conviene adottare una prospettiva rovesciata, interrogandosi su quali casi siano effettivamente sussumibili entro il perimetro dell'articolo 52 c.p., individuando in negativo gli altri¹⁷⁴.

¹⁷³ Sul punto si rimanda a DE VERO, *Le scriminanti putative* cit., 794: “*affermando l'esigenza di un radicamento obiettivo della persuasione (cosiddetta erronea) del soggetto agente - e l'equivalenza della medesima su questa base alla "reale" situazione di pericolo - la giurisprudenza prende in realtà inconsapevolmente posizione sulla questione centrale della base e del parametro del giudizio prognostico in cui si risolve il requisito del pericolo, avallando sostanzialmente una considerevole delimitazione del relativo canone di valutazione in vista della situazione osservabile al momento del fatto tipico*”.

¹⁷⁴ Cfr. DE VERO, *loc. ult. cit.*, in cui, riferendosi all'individuazione della base e dei parametri di giudizio tramite cui accertare il pericolo, afferma che “*si tratta delle varie opzioni proponibili ai fini della*

A questo scopo, il primo problema da risolvere concerne la determinazione della base di giudizio cui è sottoposto l'accertamento del requisito del pericolo; in altri termini, si tratta di prendere posizione sulla prospettiva, *ex ante* o *ex post*, da impiegare nel condurre detto accertamento.

Il punto su cui ad oggi concordano pressoché tutti gli interpreti¹⁷⁵ concerne la natura postuma, ovvero *ex ante* rispetto al realizzarsi dell'evento, del giudizio di accertamento, atteso che ciò costituisce una diretta conseguenza della struttura stessa del pericolo: trattandosi di un fatto interamente proiettato nel futuro, il giudice, per valutarne le probabilità di verifica, deve porsi idealmente nel momento in cui l'azione è stata posta in essere e non già in quello in cui si è manifestato l'evento. Diversamente, si giungerebbe alla conclusione, del tutto inaccettabile sul piano logico - oltre che pragmatico - di ritenere sempre esistente l'estremo del pericolo.

Non vi è, invece, uniformità di vedute tra gli interpreti sulla base alla stregua della quale accertare l'esistenza o meno del pericolo, profilandosi l'alternativa tra base totale e base parziale. Nel primo caso, vengono prese in considerazione solo le circostanze di fatto presenti al momento dell'azione, conosciute dall'autore del reato oppure conoscibili da parte di un ipotetico agente modello, a differenza del secondo ove, invece, rilevano tutte le circostanze presenti in detto momento, anche se venute in rilievo in un frangente

configurazione, in una dimensione reale prima che putativa, del pericolo come requisito espresso di fattispecie scriminante".

¹⁷⁵ Per tutti si veda MARINUCCI, (voce) *Cause di giustificazione* cit., 137. Va, tuttavia, osservato che in passato non era così pacifico che la prospettiva attraverso cui accertare la presenza del pericolo, nonostante l'intrinseca natura prognostica, fosse quella *ex ante*. Sulla questione valgono i rilievi critici mossi da DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, 1978, 174 ss., il quale, relativamente alla adozione di una prospettiva *ex post*, espone la viva preoccupazione che, così facendo, si contaminino la valutazione circa la esistenza dell'estremo del pericolo con elementi che, invece, vi dovrebbero rimanere estranei. Infatti, prendendo in considerazione tutti i decorsi causali che hanno condotto alla realizzazione dell'evento di reato, in particolare quelli successivi rispetto all'azione o alla omissione umana, potrebbe darsi che al soggetto agente vengano addossate delle conseguenze dannose - in termini di lesione ad un interesse penalmente protetto - che sono indipendenti rispetto alla sua propria condotta, costituendo lo sviluppo di un autonomo decorso causale. Sotto questo punto di vista, appellandosi all'eccezione più elementare del principio di personalità della responsabilità penale - ovvero la personalità della responsabilità medesima - appaiono evidenti i risvolti connessi all'adozione di una simile interpretazione del requisito del pericolo. L'A. (cfr. nota n. 37 pag. 177) aggiunge che alle medesime ricadute pratiche giungono anche color che, pur adottando formalmente un approccio *ex ante*, finiscono per prendere in considerazione tutte le circostanze presenti al momento del compimento dell'azione criminosa, anche quelle del tutto slegate dalla condotta del soggetto agente, impiegando una base di giudizio che può essere definita come totale - su cui vedi *infra* -.

successivo, e dunque, a prescindere dalla loro conoscenza o conoscibilità da parte dell'agente modello¹⁷⁶.

La dottrina tradizionale afferente all'area di *civil law* soglie la descritta alternativa a favore della seconda soluzione¹⁷⁷, ritenuta più in linea con le elaborazioni svolte in tema di idoneità degli atti nel tentativo, d' imputazione oggettiva dell'evento di reato, nonché di valutazione (in chiave oggettiva) del dovere di diligenza nell'abito dei reati colposi; tale soluzione non ha, tuttavia, riscontrato il favore della dottrina italiana che, al contrario, opta per una valutazione prognostica a base totale, in cui non venga tralasciata alcuna delle circostanze presenti al momento dell'azione¹⁷⁸.

Molteplici sono gli argomenti che sono stati spesi a sostegno di tale ultima concezione, a cominciare da quello sistematico. Riprendendo in parte delle considerazioni svolte nel precedente capitolo, la nostra dottrina ha, innanzitutto, osservato come la base di giudizio totale, a differenza di quella parziale, garantisce contro il rischio di una parziale sovrapposizione tra articolo 52 c.p. e articolo 59 comma 4 c.p.¹⁷⁹. In caso contrario, infatti, a fronte di situazioni nelle quali difetta un estremo della fattispecie scriminante che appaia effettivamente esistente sulla scorta di un giudizio prognostico così

¹⁷⁶ Sul punto cfr. PADOVANI, (voce) *Legittima difesa* cit., 501 ss.

¹⁷⁷ Così DE VERO, *Le scriminanti putative* cit., 795.

¹⁷⁸ Si veda in particolare FROSALI, *Sistema penale italiano* cit., 293; in senso conforme GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, cit. 69 ss.; MARINUCCI, (voce) *Cause di giustificazione*, cit., 137; PADOVANI, (voce) *Difesa legittima* cit. 502; in senso contrario DE FRANCESCO, *La proporzione* cit., 177 ss. e 192.

¹⁷⁹ Così FROSALI, *loc. ult.* cit., il quale sottolinea come l'erronea rappresentazione di un elemento della scriminante che, in base ad una valutazione *ex ante* condotta prendendo a riferimento il parametro dell'agente modello, appaia come effettivamente esistente al momento della condotta, rientra certamente nel perimetro applicativo della scriminante putativa; di conseguenza, se già a livello della scriminante (reale, non putativa) viene attribuita rilevanza a situazioni che solo in apparenza appartengono alla realtà dei fatti, non si riuscirebbe più a rintracciare un valido criterio distintivo tra reale e putativo. In senso contrario DE VERO, *Le scriminanti putative* cit., 796-797, il quale ritiene che solo *prima facie* possa parlarsi di una sovrapposizione tra dimensione effettiva e putativa. L'autore, con particolare riferimento alla legittima difesa, asserisce che i due concetti rimangono ben distinti se si parte dalla premessa fondamentale che governa la materia: si è al cospetto della legittima difesa putativa e, più in generale, di una causa di giustificazione putativa, se l'errore in cui si è imbattuto il soggetto agente è tale che, ove non fosse intervenuto, la fattispecie scriminante risulterebbe certamente integrata. A questo proposito, per una migliore chiarezza espositiva, è utile riportare le stesse parole usate dall'A. per illustrare esemplificativamente il concetto: "*Se Tizio reagisce contro Caio che gli punta un'arma da fuoco con la chiara intenzione di esplodere un colpo e l'arma risulta a posteriori scarica, chi ritiene che la situazione di pericolo debba accertarsi secondo gli ordinari canoni della prognosi postuma affermerà senz'altro la sussistenza di una legittima difesa "reale"; ma non per questo debbono ritenersi esauriti - come pretende l'opinione sopra riportata - i margini di configurabilità della scriminante "putativa" (non colposa), che ricorrerà, ad esempio, ove Tizio, per errore scusabile, scambi per un'arma da fuoco l'oggetto inoffensivo rivolto contro di lui dal presunto aggressore*".

strutturato, bisognerebbe riconoscere l'operatività non già del comma 4 dell'articolo 59 c.p., ma dello stesso articolo 52 c.p., in contrasto con la più volte richiamata natura oggettiva delle cause di giustificazione.

Sulla scorta di tale ultima osservazione, la dottrina in esame ha pertanto denunciato come una siffatta interpretazione del concetto di pericolo rilevante ex art. 52 c.p., non solo non permetterebbe di ritagliare un autonomo spazio applicativo del comma 4 dell'articolo 59 c.p., ma si porrebbe anche in un insanabile conflitto con l'articolo 59 comma 1 c.p.¹⁸⁰.

Senza voler entrare nel vivo della questione - in quanto ciò esulerebbe troppo dall'oggetto della presente ricerca - si segnala come quest'ultima osservazione sia stata confutata nei più recenti studi¹⁸¹ che si sono occupati dell'argomento e che sono giunti a sconfessare quello che, fino a non molto tempo fa, era considerato un vero e proprio dogma: l'inconciliabilità degli elementi soggettivi con la fattispecie scriminante¹⁸². Inoltre, un'attenta dottrina ha posto in evidenza come, a ben vedere, il pericolo pur così inteso mantiene intatta la propria natura oggettiva, come testimoniato dal fatto che siffatta interpretazione venga impiegata con una certa disinvoltura per accertare elementi che appartengono incontestabilmente alla dimensione oggettiva del reato: ci si riferisce ancora una volta ai concetti relativi alla idoneità degli atti nel tentativo, all'imputazione oggettiva dell'evento e alla misura oggettiva del dovere di diligenza nei reati colposi. Aderendo a tale impostazione, si riesce dunque a tracciare un punto fermo

¹⁸⁰ In questo senso cfr. GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità* cit., 69.

¹⁸¹ A questo proposito si richiamano i lavori monografici già in precedenza citati, in particolare a quello di SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione* cit. che si distingue per il particolare grado di approfondimento teorico.

¹⁸² Sulla questione si veda anche ROMANO-GRASSO-PADOVANI, *Commentario sistematico* cit., 653, il quale si concentra soprattutto sulla modifica normativa del 1990 che ha investito l'articolo 59 comma 1 c.p., eliminando l'inciso "*salvo che la legge disponga altrimenti*". L'A. evidenzia come tale modifica non abbia in realtà modificato significativamente il regime di applicazione delle circostanze che attenuano/escludono la pena, atteso che, in ogni caso e a prescindere da qualsivoglia intervento normativo, vi sono delle condizioni (a questo proposito si riporta il caso dello stato d'ira di cui all'articolo 599 comma 2 c.p. e, più in generale, tutte le ipotesi di cause scusanti) che sono ontologicamente incompatibili con un regime d'imputazione esclusivamente oggettivo. Tuttavia, con specifico riferimento alle cause di giustificazione, l'A. rimane fedele all'impostazione tradizionale che ravvisa una incompatibilità che potrebbe essere definita funzionale tra elementi soggettivi e fattispecie scriminante, sottolineando come, diversamente, non si giustificerebbe l'effetto di liceità - esteso all'intero ordinamento giuridico - conseguente alla operatività di queste ultime (sul punto, l'A. richiama la costrizione e la necessità di cui, rispettivamente, agli articoli 52 e 54 c.p., specificando la natura oggettiva di tali requisiti).

nella individuazione della base alla stregua della quale operare il giudizio circa la sussistenza dell'estremo del pericolo, senza necessità di dover prendere posizione sulla complessa e discussa questione della compatibilità delle cause scriminanti con requisiti di natura oggettiva¹⁸³.

Da ultimo, in senso contrario all'adozione di una base parziale per la valutazione del pericolo, si è posto l'accento sulla inaccettabilità delle conseguenze che ne deriverebbero¹⁸⁴. In particolare, si è evidenziato come sarebbe del tutto irragionevole escludere l'applicabilità della legittima difesa in tutti quei casi in cui gli estremi del pericolo, pur apparendo insussistenti al momento dell'azione, dovessero invece emergere in un secondo momento, quando ormai la condotta di reato è stata realizzata, ammettendo, al contrario, l'applicabilità della medesima quando il pericolo appaia integrato, seppur "incolpevolmente", solo in una prospettiva *ex ante*, risultando poi *ex post* del tutto inesistente¹⁸⁵. A tale ultimo riguardo, non sono mancate osservazioni critiche, volte a rimarcare come, in realtà, anche l'utilizzo di una base prognostica totale si espone al medesimo rischio di condurre a delle conseguenze applicative del tutto irragionevoli: nel caso in cui la situazione di pericolo dovesse apparire effettivamente esistente al momento dell'azione ed emergesse, invece, solo in un secondo tempo - ovvero in una prospettiva *ex post* che tale credenza era, in realtà, infondata perché non rispondente alla realtà dei fatti -, non potrebbe essere utilmente invocata la legittima difesa, mentre la esclusione della punibilità del soggetto agente sarebbe subordinata alla dimostrazione della scusabilità dell'errore circa l'esistenza del pericolo medesimo¹⁸⁶.

Dalle considerazioni sopra svolte, emerge dunque come, nonostante il contrario avviso della dottrina dominante, non vi sia alcuna ragione dogmatica o di natura politico-criminale che osti alla riconducibilità del giudizio prognostico sull'esistenza del pericolo - nell'ambito delle cause di giustificazione e, in particolare, della legittima

¹⁸³ Tali considerazioni sono espresse da DE VERO, *Le scriminanti putative* cit., 798: "va qui fermamente ribadita la natura sicuramente oggettiva dell'ordinario giudizio di prognosi postuma, che costituisce, pur con la sua base ontologica parziale, il saldo punto di riferimento di elementi di tipicità del calibro dell'idoneità degli atti nel delitto tentato, dell'imputazione oggettiva dell'evento e della stessa misura oggettiva del dovere di diligenza nel reato colposo".

¹⁸⁴ Per approfondimenti sul punto si rimanda a GROSSO, *Legittima difesa e stato di necessità* cit., 69

¹⁸⁵ Cfr. GROSSO, *loc. ult.* cit.

¹⁸⁶ In questo senso sempre DE VERO, *Le scriminanti putative* cit., 799.

difesa e dello stato di necessità - ad una dimensione *ex ante*¹⁸⁷. Se si parte allora da tale premessa, ovvero che il concetto stesso di pericolo, nella sua dimensione reale - e dunque rilevante ai fini dell'applicazione dell'articolo 52 c.p. - implica una valutazione che tenga conto di tutte le circostanze presenti al momento dell'azione e conosciute dall'agente o conoscibili da parte di un agente modello pensato idealmente al posto dell'autore del fatto¹⁸⁸, si riesce anche a individuare una soluzione maggiormente soddisfacente alla tematica affrontata nel precedente paragrafo.

¹⁸⁷ Di recente tale prospettazione ha trovato anche accoglimento nella giurisprudenza di legittimità, ove si è sottolineato come, nel valutare la sussistenza del pericolo, sia a livello reale sia a livello putativo, deve essere adottata un'ottica *ex ante*: cfr. Cass. 03.05.2016 n. 33591 Rv 267473: *“L'accertamento della legittima difesa, anche putativa, deve essere effettuato valutando, con giudizio "ex ante", le circostanze di fatto, in relazione al momento della reazione e al contesto delle specifiche e peculiari circostanze concrete, al fine di apprezzare solo in quel momento - e non "ex post" - l'esistenza dei canoni della proporzione e della necessità di difesa, costitutivi dell'esimente della legittima difesa. (Fattispecie in tema di omicidio preterintenzionale, in cui la Corte ha censurato la decisione che aveva escluso l'esimente nei confronti dell'imputato, che aveva cagionato la morte della persona offesa colpendola con un pugno al volto e facendola cadere in terra, omettendo di considerare adeguatamente, e con giudizio "ex ante", lo stato di estrema concitazione e di oggettiva paura nel quale egli versava a seguito delle plurime e precedenti aggressioni subite da parte della vittima che, seppure in evidente stato di ubriachezza, era risultata in grado di correre, senza mostrare difficoltà nell'incedere o perdita di equilibrio)”. In senso sostanzialmente conforme si veda anche Cass. 03.05.2009 n. 3507 Rv.245843, in cui si è posto l'accento sul fatto che il giudizio volto all'accertamento del pericolo deve essere condotto in una prospettiva *ex ante*, valorizzando tutte le specifiche e peculiari circostanze concrete presenti al momento dell'azione; di contro, viene predicata la totale irrilevanza delle circostanze manifestatosi in un momento successivo rispetto all'agere. Il caso su cui è intervenuta tale pronuncia, peraltro, presenta dei profili di particolare interesse ai fini della presente indagine. Nello specifico, con la pronuncia *de qua* è stata censurata la sentenza del giudice di merito con cui era stata esclusa l'applicabilità dell'articolo 52 c.p. nei confronti di un soggetto che aveva reagito nei confronti di alcuni malavitosi, provocando loro delle lesioni personali, nonostante l'aggressione fosse ormai esaurita. La Corte di legittimità è giunta a soluzioni opposte rispetto alla Corte di Appello (cfr. Appello Palermo 23 marzo 2009), valorizzando la circostanza che il soggetto agente stava attendendo l'arrivo della moglie e della figlia nel luogo dell'aggressione, ritenendo, pertanto, che il pericolo fosse ancora in corso. Nello specifico, la circostanza che la moglie e la figlia dell'agredito si trovassero materialmente impossibilitate a recarsi nel luogo in cui si era consumato l'attacco - in quanto l'autovettura a bordo della quale si sarebbero dovute spostare era stata appositamente danneggiata dai malavitosi stessi - non viene ritenuta ostativa alla formulazione di una prognosi positiva circa l'esistenza di una situazione di pericolo, atteso che, gli unici elementi fattuali da prendere in considerazione a tale fine sono quelli presenti al momento della condotta.*

¹⁸⁸ Sul punto degna di nota è la soluzione proposta da DE VERO, *Le scriminanti putative* cit., 799 ss. di adottare una base di giudizio ibrida, che tenga conto sia delle circostanze conosciute o conoscibili al momento dell'azione, sia di quelle venute in rilievo in un momento successivo. In particolare, l'A. suggerisce di utilizzare l'ottica *ex post* per condurre il giudizio sull'esistenza di una situazione di pericolo in chiave integrativa, ovvero per correggere le “storture” applicative cui si andrebbe incontro assumendo unicamente una prospettiva *ex ante*. Il caso è quello in cui la situazione di fatto, pur non essendo qualificabile come di pericolo ad una valutazione *ex ante*, lo appaia, tuttavia in un'ottica *ex post*. In tale ipotesi, a fronte della reale esistenza di una situazione di pericolo, apparirebbe del tutto ingiustificato escludere l'applicazione della legittima difesa - o dello stato di necessità -, cosicché la possibilità offerta dall'impostazione propugnata dall'A. di fare riferimento, sia pure in via sussidiaria, alle circostanze venute in rilievo successivamente all'azione è in grado, da un lato, di elidere gli inconvenienti connessi all'impiego di un criterio eccessivamente irrigidito in prospettiva *ex ante*, dall'altro, di mantenere un certo

In quest'ottica infatti, se il concetto di pericolo, già a "a livello reale", implica una valutazione dell'atteggiamento del soggetto agente rispetto alla situazione fattuale che si profila dinanzi allo stesso al momento dell'*agere* - atteso che, come più volte osservato, nell'effettuare il giudizio prognostico sull'esistenza di una situazione di pericolo, bisogna tener conto delle circostanze conosciute, o per lo meno conoscibili, da parte dell'autore del reato, a prescindere dal fatto che, *ex post*, il pericolo si è rivelato, in realtà, del tutto infondato -, ecco che il medesimo concetto, a livello putativo, deve rispecchiare le stesse caratteristiche: l'agente, per andare esente da pena ai sensi dell'articolo 59 comma 4 c.p., dovrà essersi rappresentato nella propria mente delle circostanze che, se realmente esistenti al momento della condotta, *rectius*, se realmente conosciute o conoscibili da parte dell'agente, avrebbero condotto ad un giudizio positivo circa l'esistenza del pericolo¹⁸⁹.

In questo modo, si riesce dunque, da un lato, a non stravolgere eccessivamente la lettera della legge, in quanto la mancanza di punibilità del soggetto agente verrebbe a costituire un mero riflesso delle opzioni operate a livello reale - e non putativo -, dall'altro, a far

rigore nel valutare se sussistano o meno i requisiti costitutivi della scriminante: *"la verità è allora che non conviene contemplare un'alternativa drastica tra l'uno e l'altro tipo di valutazione, come prospetta la dottrina criticata. Il giudizio di prognosi postuma in materia di cause di liceità è tendenzialmente deputato ad integrare un accertamento altrimenti negativo piuttosto che a rinnegare gli esiti di un accertamento che riesca infine positivo sulla base di dati conosciuti successivamente al fatto: "il punto di vista ex ante intende allargare i margini di liceità dell'azione in una situazione di limitata possibilità d'indagine, non certo escludere dalla giustificazione quanto risulta conforme a diritto soltanto a posteriori"*.

¹⁸⁹ DE VERO, *Le scriminanti putative* cit.: *"Una volta accettato l'ingresso del pericolo nella struttura della fattispecie scriminante, appare difficile non dover riconoscere che il giudizio di probabilità che lo sostanza abbraccia non soltanto il verificarsi dell'evento temuto, ma già l'esistenza (di almeno parte) delle circostanze che costituiscono il fondamento di una corretta previsione in proposito: la valutazione del pericolo è costituita insomma da un intreccio non sempre e del tutto districabile tra prognosi dell'accadimento futuro e diagnosi della situazione in atto presente"*. Del resto, l'idea che la struttura del pericolo sia "contaminata" da elementi soggettivi non è nuova nel panorama dottrinale italiano. Già in passato, infatti, è stato sottolineato come ciò discenda dalla natura stessa del concetto di pericolo, fondato su di una valutazione prognostica della realtà e, come tale, aperto ad una pluralità di possibili soluzioni, delle quali, solo una - o nessuna, se le condizioni di fatto che hanno portato alla realizzazione dell'evento non erano affatto conosciute o conoscibili da parte dell'agente al momento dell'azione - è destinata a concretizzarsi nella realtà. In questo senso si veda in particolare FROSALI, *Sistema penale* cit., 293 che, pur rappresentando uno dei più autorevoli esponenti della tesi della base totale del giudizio prognostico sullo stato di pericolo, afferma però che: *"il pericolo può intendersi soltanto in senso soggettivo, come prevedibilità, per alcun soggetto, che possa verificarsi un evento dannoso"*. In questo senso, appare pienamente condivisibile quanto riportato nel passaggio di DE VERO di cui sopra: i sostenitori della base totale del giudizio prognostico si contraddicono rispetto alle premesse da cui muovono, atteso che, trascurando le circostanze di fatto conosciute o conoscibili al momento dell'azione, a tutto favore del verificarsi o meno dell'evento del reato, non fanno altro che sconfessare la nozione di pericolo cui hanno formalmente dichiarato di aderire.

salvo quell'orientamento della Suprema Corte che subordina la rilevanza dell'errore alla ragionevolezza e logicità del medesimo¹⁹⁰.

Volendo, poi, addentrarsi maggiormente nella questione relativa alla natura dell'esclusione della punibilità di cui al comma 4 dell'articolo 59 c.p., si segnala come, anche aderendo alla tesi della base ontologica parziale, ad avviso di chi scrive e contrariamente ai sostenitori di tale tesi, non si riesce ugualmente a superare il problema del fondamento dogmatico alla base di tale esclusione, a meno di non volersi arrendere all'evidenza che la norma è stata scritta avendo in mente la collocazione delle cause di giustificazione tra gli elementi negativi del fatto tipico, in ossequio alla c.d. teoria bipartita. Prova ne sia che i sostenitori del giudizio *ex ante* sono costretti a ricorrere ad una macchinosa spiegazione dei rapporti tra fattispecie tipica e fattispecie scriminante che non convince soprattutto nella parte finale del ragionamento, comportando un vero e proprio salto logico. Nello specifico, volendo condensare in poche righe il pensiero espresso dalla dottrina in esame, si osserva come quest'ultima distingua tra fattispecie tipica e fattispecie scriminante, tra cui intercorrerebbe un rapporto, rispettivamente, di genere a specie: la seconda, oltre a contenere tutti gli elementi della prima, presenta degli elementi specializzanti, costituiti da tutti quei requisiti che valgono a connotare in

¹⁹⁰ DE VERO, *Le scriminanti putative* cit., 801 afferma che, così rettamente inteso, il pericolo verrebbe ad acquistare un significato normativo, il che si rifletterebbe, di conseguenza, anche sulla corrispondente nozione putativa, in linea con l'orientamento sul punto della Suprema Corte. Infatti, l'imputato, onde beneficiare dell'esenzione della pena ai sensi del comma 4 dell'articolo 59 c.p., non potrebbe limitarsi ad invocare di essere incorso in un errore circa l'esistenza di una situazione scriminante, ma dovrebbe dare concreta dimostrazione della ragionevolezza del medesimo, o meglio, del substrato fattuale su cui si fonda il giudizio - che spetta solo al giudice formulare - sulla ragionevolezza medesima. A riguardo, va osservato che, nonostante il diritto penale sia imperniato sulla presunzione di non colpevolezza dell'imputato e che, dunque, spetta alla pubblica accusa fornire la prova di tutti gli elementi costitutiva della responsabilità penale, a differenza di quanto avviene nel processo civile ove vi è una rigida regolamentazione della ripartizione dell'onere probatorio tra le parti (cfr. art. 2697 c.c.), non contraddice la logica del processo penale porre a carico dell'imputato le conseguenze negative derivanti dalla mancata allegazione - e conseguente dimostrazione - degli elementi di fatto su cui si fonda l'applicazione dell'articolo 59 comma 4 c.p. Infatti, senza volersi richiamare a quegli arresti giurisprudenziali intervenuti sul tema dell'articolo 2697 c.c. che, in applicazione del criterio della vicinanza della prova, hanno escluso possano essere addossate alla parte le conseguenze derivanti dalla mancata prova di un elemento negativo rispetto alla situazione sostanziale di cui essa è portatrice, imporre al P.M. di dimostrare l'assenza delle circostanze concrete che legittimano l'applicazione della scriminante putativa costituirebbe un compito oltre modo gravoso, se non addirittura impossibile, per la pubblica accusa: tali circostanze, appartenendo esclusivamente al foro interno del soggetto agente, ben potrebbero essere ignorate dal P.M., sicché deve essere l'imputato, se intenzionato a invocare la scriminante putativa, a introdurre nel processo tutti quegli elementi di fatto utili a dimostrare, oltre all'effettività dell'errore, anche la sua ragionevolezza.

senso positivo il fatto di reato, elidendone la illiceità¹⁹¹. Prendendo le mosse da tale assunto, si evidenzia come nel caso in cui venga in rilievo una causa di giustificazione putativa, il soggetto agente non si rappresenta un fatto conforme alla norma incriminatrice, bensì un fatto diverso - conforme alla fattispecie scriminante - e, soprattutto, lecito. L'atteggiamento psicologico dell'agente è, pertanto, ben diverso da quello che sorregge il dolo, sicché deve concludersi nel senso di escludere la punibilità per difetto dell'elemento psicologico in questione¹⁹². Oggetto di rappresentazione e

¹⁹¹ Cfr. DE VERO, *Le scriminanti putative* cit., 840 ss. Si evidenzia come la soluzione fornita dall'A. non riguardi solo le scriminanti della legittima difesa e dello stato di necessità, ma abbia un ambito di applicazione più vasto, coincidente con tutte le cause di giustificazione.

¹⁹² Interessanti sono le considerazioni svolte da DE VERO, *Le scriminanti putative* cit., 807 ss. che trovano la loro premessa nel fondamento giuridico individuato alla base della norma sulle scriminanti putative, fondamento che, a ben vedere, sembra, doversi ravvisare nell'assenza di dolo *tout court*, anziché nella mancanza del c.d. dolo d'illecito. L'A., infatti, riferendosi a quegli atteggiamenti psichici che debbono essere considerati compatibili con l'esclusione della responsabilità penale ai sensi dell'articolo 59 comma 4 c.p., afferma che tale compatibilità deve essere esclusa per lo stato di dubbio. In tale ipotesi, infatti, l'atteggiamento psichico del soggetto agente ricalca quello del dolo eventuale, dal momento che, in presenza di una situazione di dubbio - circa l'esistenza degli estremi costitutivi della fattispecie scriminante -, anziché astenersi dall'azione, ha agito, evidentemente accettando il rischio di verifica dell'evento offensivo per il bene giuridico tutelato dalla norma penale. Da quanto osservato, sembrerebbe dunque ricavabile la seguente regola generale: il soggetto agente, onde beneficiare dell'applicazione del comma 4 dell'articolo 59 c.p., deve essere positivamente convinto che, nella situazione data, si profilano tutti gli estremi di una causa scriminante, mentre, in caso contrario, rimane ferma la sua responsabilità a titolo di dolo. Tuttavia, l'A., con specifico riferimento alla legittima difesa putativa - e allo stato di necessità putativo -, reputa necessario svolgere delle ulteriori considerazioni, soprattutto per quanto concerne i rapporti tra stato di dubbio e la esistenza di una situazione di pericolo attuale. Viene, infatti, osservato come non siano infrequenti i casi in cui, se il soggetto agente attendesse di superare l'incertezza in ordine all'esistenza di una situazione di pericolo attuale astenendosi dall'agire, una volta sciolto in senso positivo il dubbio, la successiva azione perderebbe di qualsiasi utilità, vanificando completamente l'efficacia della difesa. A questo proposito l'A. rileva come, al fine di superare i gravi inconvenienti che si verificherebbero nella situazione data - che in sostanza, porterebbero a rendere sempre inoperante la legittima difesa e stato di necessità putativi - senza sconvolgere la lettera dell'articolo 59 comma 4 c.p., l'unica soluzione percorribile è quella di aderire alla tesi della base parziale del giudizio sul pericolo. In tal modo, infatti, se anche il pericolo ad una valutazione *ex post* dovesse risultare del tutto infondato, nondimeno, se al momento della condotta la sua esistenza apparisse ragionevole agli occhi di un osservatore ragionevole - si vedrà nel prosieguo che cosa debba intendersi con tale ultima espressione -, si deve concludere nel senso di ritenere pienamente integrata la legittima difesa già a livello reale: "[...] l'insistenza su di una nozione di pericolo effettivo, risultante effettivamente solo ad una valutazione *ex post* della situazione di fatto concomitante all'azione, precluda l'applicabilità anche della dimensione putativa della legittima difesa e dello stato di necessità, quando il pericolo si riveli inesistente, a causa dell'incolumabile iato che separa il dubbio dalla supposizione erronea" e, più oltre, "in queste condizioni la soluzione più soddisfacente resta quella coerente con la più generale presa di posizione in ordine alla base e al metro di giudizio relativi agli elementi scriminanti di tipo prognostico. Nella situazione di dubbio invincibile l'attualità del pericolo è l più delle volte tranquillamente asseverabile attraverso una valutazione *ex ante* basata su circostanze di fatto conoscibili da parte di un osservatore esperto - su cui vedi *infra* n.d.t. - : la causa di giustificazione può pertanto ritenersi già sussistente in fatto, senza necessità di condizionarne la rilevanza, sul piano putativo, ad una problematica equiparazione della condizione soggettiva di dubbio a quella di vera e propria supposizione erronea". Pur partendo da delle premesse argomentative del tutto diverse, la soluzione offerta dall'A. richiama alla mente le

volizione è, invero, un fatto che ad una complessiva valutazione appare pienamente giustificato e quindi scriminato, posto che, in relazione a tale fatto, nella suddetta rappresentazione e volizione appaiono integrati, sia pur erroneamente, tutti gli elementi costitutivi della - diversa - fattispecie scriminante¹⁹³.

Da questo punto di vista, dunque, sostengono i fautori della concezione in esame, non vi sarebbe nemmeno bisogno di una norma come il comma 4 dell'articolo 59 c.p., atteso che la disciplina delle cause di giustificazione ritenute erroneamente esistenti è la medesima di quella prevista per l'errore che ricade sui fatti costitutivi del reato (art 47 comma 1 c.p.): in entrambe le ipotesi, vengono erroneamente supposte nella mente del soggetto agente delle circostanze di fatto che, se effettivamente esistenti, impedirebbero il sorgere della responsabilità penale, atteso che verrebbe spezzata la corrispondenza tra elemento soggettivo e requisiti costitutivi previsti, in un caso (art. 47 comma 1 c.p.), dalla fattispecie tipica, nell'altro, da quella scriminante (art 59 comma 4 c.p.).

Tale impostazione, seppur pregevole per lo sforzo profuso nel cercare di risolvere l'annosa questione *de qua*, non convince nella parte in cui, in buona sostanza, "spacchetta" il dolo, riferendolo a due distinti oggetti: il dolo inteso come rappresentazione e volizione del fatto tipico e il dolo come rappresentazione e volizione della fattispecie scriminante, quest'ultima, ricordiamo, intesa come insieme di tutti gli elementi del fatto tipico e di quelli c.d. specializzanti che valgono a connotarla in senso conforme all'ordinamento giuridico. Invero, tale opzione dogmatica, pur trovando positivo riscontro in una parte della dottrina che si è occupata a fondo

considerazioni svolte dai sostenitori del c.d. difesa più efficace, tesi elaborata in Germania negli anni 70' e della quale significativi echi si ritrovano nel pensiero di PADOVANI, (voce) *Difesa legittima* cit., 501, illustrato nel capitolo precedente. Infatti, in base a tale teoria, il pericolo attuale di un'aggressione ingiusta deve ritenersi integrato tutte le volte in cui l'aggressione medesima "è preparata ...in modo tale che una successiva difesa non è più possibile", dal momento che "il ritardo nella difesa metterebbe in pericolo il suo successo" (cfr. SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 395 che, a propria volta, cita la dottrina tedesca).

¹⁹³ DE VERO, *Le scriminanti putative* cit., 843 "Colui che, errando, si raffigura il complessivo fatto scriminato ha dunque in mente in via immediata non già - come vorrebbero le varie teorie della colpevolezza - la diversa valutazione legale di un medesimo sostrato di fatto, bensì il diverso sostrato di fatto cui corrisponde un'originaria ed integrale valutazione di liceità da parte dell'ordinamento giuridico" e, più oltre, "Ora, la condizione psicologica in ultimo tratteggiata descrive esattamente la situazione di chi agisce in assenza di dolo. Questo canale d'imputazione soggettiva manca tutte le volte in cui la difettosa percezione di dati fattuali impedisce in radice al soggetto agente di poter cogliere il disvalore di evento che fonda la valutazione normativa d'illiceità".

dell'argomento¹⁹⁴, non persuade circa le ragioni di tale “spacchettamento”, essendo costretta ad ipotizzare una seconda fattispecie tipica - ovvero quella scriminante - accanto a quella incriminatrice, onde, da un lato, rispettare la lettera della legge e, dall'altro, mantenere netta la distinzione tra fatto tipico e cause di giustificazione.

In definitiva, secondo tale impostazione, il motivo per cui il comma 4 dell'articolo 59 c.p. abdica all'esercizio della potestà punitiva nei confronti del soggetto agente risiederebbe, dunque, nella mancanza del c.d. “*dolo d'illecito*”¹⁹⁵. L'impressione che se ricava è, tuttavia, quella di superare solo formalmente, con una sorta di gioco di parole, la distinzione tra fatto tipico e cause di giustificazione, posto che, in definitiva, all'interno della “nuova” fattispecie scriminante, gli elementi del primo e della seconda si trovano ancora a convivere tra loro, sicché il risultato finale di tale teoria non si discosta molto, nella sostanza, da quello cui si perviene aderendo alla tesi degli elementi negativi del fatto.

Al di là, tuttavia, della questione inerente alla compatibilità del dolo con l'ipotesi contemplata dalla prima parte dell'articolo 59 comma 4 c.p. che sottende dei più ampi interrogativi non ancora sopiti in seno alla dottrina - e non solo quella italiana - ¹⁹⁶, lo spunto fornito dai sostenitori della base parziale del giudizio di pericolo non è di poco conto, in quanto consente di tracciare un valido criterio distintivo tra cause di

¹⁹⁴ Ci si riferisce, in particolare, a CAVALIERS, *L'errore sulle scriminanti* cit., 507 ss., il quale, con un completo, approfondito e ricco di profili comparatistici studio dedicato alla materia, inserendosi a pieno titolo nella discussione tra dolo di azione e dolo di evento, afferma che colui che ritiene di agire sotto l'effetto di una causa scriminante putativa non versa in dolo, in quanto il suo *agere* è orientato verso un evento considerato positivo dall'ordinamento, con la conseguenza che tale finalizzazione della condotta è in grado di superare il disvalore insito nella condotta stessa - in quanto conforme al fatto descritto dalla norma incriminatrice - e di condurre ad un giudizio negativo circa la rimproverabilità dell'atteggiamento psicologico dell'autore del fatto di reato. L'A., infatti, parla, in proposito, della mancanza del “*disvalore d'azione necessario a fondare un illecito penale doloso*”. Sul punto si segnala come le conclusioni qui in rassegna non differiscano poi molto da quelle cui giungono i sostenitori di una nozione, per così dire, allargata, di dolo, volta a ricomprendere all'interno di quest'ultimo anche la consapevolezza della antigiuridicità della condotta tenuta, già oggetto di esposizione nel presente capitolo.

¹⁹⁵ Così DE VERO, *Le scriminanti putative* cit., 844. In verità l'A., prima di addivenire a tale conclusione che lui stesso definisce valida in generale per tutte le cause di giustificazione e non solo per quelle che presentano all'interno della propria struttura elementi di tipo prognostico - come la legittima difesa e lo stato di necessità - compie un'articolata analisi dottrinale che attinge a piene mani, in un'ottica comparatistica, all'esperienza maturata nell'ordinamento tedesco, tanto che la soluzione finale viene individuata per esclusione di tutte le alternative possibili e dopo aver vagliato attentamente i punti di forza e di debolezza di ciascuna di esse. Sulla introduzione del concetto del “dolo d'illecito” concorda anche PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 2013, 364.

¹⁹⁶ Ci si riferisce alla tematica, accennata nella nota precedente, relativa alla contrapposizione tra dolo di azione e dolo di evento, particolarmente approfondita dalla dottrina tedesca.

giustificazione reali e putative, evitando, al contempo, di entrare in rotta di collisione con la vasta elaborazione giurisprudenziale nella materia *de qua*, la quale in questo modo, viene a trovare un solido appiglio nella dimensione sostanziale del diritto penale. Il che, ai fini che qui interessano, è un risultato tutt'altro che trascurabile: le osservazioni sopra svolte in merito alla base ontologica da impiegare per l'accertamento dell'estremo del pericolo rappresentano una guida sicura per l'interprete, e in particolare per il giudice, da seguire per stabilire quando, nel caso di specie, la legittima difesa, prima a livello reale e poi a livello putativo, possa dirsi integrata.

Così definitivamente consacrata la giurisprudenza in tema di scriminanti putative, nel corso del paragrafo successivo si vedrà come tali insegnamenti siano stati in concreto applicati dai giudici nel risolvere quei casi particolari di legittima difesa di cui ci si è occupati anche nel precedente capitolo. Prima però di passare all'analisi della giurisprudenza, occorre svolgere alcune considerazioni sull'individuazione del parametro di giudizio alla stregua del quale verificare la presenza o meno del pericolo.

A livello astratto, tre sono i modelli che possono essere impiegati nel condurre il giudizio in esame¹⁹⁷.

Una prima soluzione potrebbe essere quella di adottare l'angolo visuale del c.d. "osservatore esperto", ovvero di individuo dotato di tutte le competenze specialistiche del settore a cui appartiene la condotta tenuta dall'agente, oltre le eventuali ulteriori conoscenze in possesso dell'agente medesimo. In alternativa a tale soluzione, si potrebbe pensare di fare riferimento ad un parametro "meno impegnativo"¹⁹⁸ che prende in considerazione il livello di conoscenze non già di un individuo esperto (dunque in possesso di informazioni dotate di un elevato tasso di tecnicismo), bensì di soggetto mediamente diligente che appartiene alla medesima cerchia di soggetti in cui è inserito l'autore del fatto, tralasciando i tecnicismi, accessibili solo agli operatori del particolare segmento della realtà in cui la condotta viene a collocarsi. Come una terza ed ultima soluzione si potrebbe poi far coincidere lo *standard* di riferimento con il complesso

¹⁹⁷ Per la individuazione dei tre modelli di seguito riportati si veda DE VERO, *Le scriminanti putative* cit., 804 ss., il quale, a propria volta, in mancanza di una un'approfondita elaborazione da parte della nostra dottrina, attinge interamente all'esperienza tedesca.

¹⁹⁸ Così DE VERO, *loc. ult. cit.* Sul punto si veda anche SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 496 ss.

delle conoscenze e informazioni di cui è dotato il soggetto agente, giungendo così ad una totale sovrapposizione tra l'individuo assunto modello e quello che ha agito in concreto.

La dottrina che si è occupata dell'argomento, ha escluso senza troppe esitazioni la praticabilità dell'ultima soluzione, sottolineando come, in tal modo, verrebbero irrimediabilmente frustrate le esigenze di oggettivizzazione insite nella struttura del giudizio sul pericolo. Inoltre, aderendo a tale opzione ermeneutica, si otterrebbe il risultato - tanto temuto dai sostenitori della base totale per il giudizio sull'esistenza del pericolo - di non essere più in grado di distinguere tra dimensione reale delle scriminanti e dimensione putativa, atteso che il parametro di riferimento verrebbe ad essere il medesimo in entrambe le ipotesi, coincidendo con l'angolo visuale dell'autore del fatto¹⁹⁹.

Rimane dunque, da sciogliere, l'alternativa tra il parametro più rigido dell'osservatore esperto e quello più blando - ma non per questo del tutto avulso rispetto alle esigenze di oggettivizzazione del giudizio sul pericolo - dell'osservatore medio. Sul punto, si è osservato che la prima delle prospettate alternative è da preferire all'altra, in quanto consente meglio di agganciare il parametro per la valutazione del pericolo ad una solida base oggettiva, garantendo così, un equilibrio soddisfacente *“nella ripartizione dei rischi connessi alla situazione di conflitto di interessi”*²⁰⁰.

Non sono, tuttavia, mancate voci critiche rispetto all'impostazione qui in rassegna.

In senso contrario, si è sottolineato come l'utilizzo di un parametro così rigido non solo risulti “eccentrico” rispetto alle scelte operate con riferimento a quei concetti di diritto penale sostanziale che contengono al loro interno elementi di tipico prognostico - si pensi in particolare all'elemento soggettivo²⁰¹ -, ma appaia anche eccessivo rispetto

¹⁹⁹ DE VERO, *Le scriminanti putative* cit., 805.

²⁰⁰ L'espressione e le considerazioni che la precedono sono tratte da DE VERO, *Le scriminanti putative* cit., 804. In senso critico rispetto all'adozione del parametro dell'uomo medio che appartiene alla stessa cerchia di relazioni in cui è inserito il soggetto agente, l'A. osserva come tale soluzione *“seppur introduce un elemento di natura obiettiva, resta esposta alla censura di mantenere eccessivamente ampio l'ambito del pericolo”*. In senso favorevole alla soluzione dell'osservatore avveduto esperto, si è invece rimarcato come *“la determinazione della nozione di pericolo viene in tal modo ancorata a parametri obiettivi sufficientemente severi, che non trasmodano tuttavia nell'irrealistica e impraticabile pretesa di chiamare in causa colui che incarna l'intero patrimonio di conoscenze disponibili al momento del fatto”*.

²⁰¹ Come si è già rilevato, la dottrina italiana non si è occupata granché dei criteri alla stregua dei quali verificare la ragionevolezza o meno dell'errore in tema di scriminanti putative, demandando alla

all'obiettivo che si pone di adeguata obiettivizzazione del giudizio prognostico, trascurando del tutto le contrapposte esigenze di soggettivizzazione²⁰². In particolare, viene rilevato come vi sia una significativa divergenza tra il modello impiegato per accertare l'esistenza della colpa e quello utilizzato, invece, per verificare la

giurisprudenza la maggior parte del lavoro. Si è, invece, avuta una copiosa elaborazione sul tema della colpa, ove il parametro dell'“*homo eiusdem condicionis et professionis*” ha costituito il fulcro del tentativo di diversi studiosi di specificarne la portata, allo scopo di fornire delle solide linee ermeneutiche ai giudici, chiamati ad applicare le norme sulla colpa. Come evidenziato da SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 496-497 in senso critico rispetto all'adozione di un parametro interamente oggettivo per valutare la ragionevolezza dell'errore, anche lo schema logico da seguire per accertare la colpa non è immune da influssi di natura soggettiva, tanto che la tendenza attuale è quella di avvicinare il più possibile, compatibilmente con le finalità di politica-criminale sottese al concetto di colpa, il modello di riferimento al complesso di conoscenze di cui è in possesso l'agente concreto (sul punto si veda per tutti MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, 1971, 162-163 che invita a tener conto di quei “*modelli di sapere, di capacità psico-fisiche e di attitudini a soppesare e a fronteggiare i pericoli, che siano il più possibile aderenti alle caratteristiche sociali, professionali e individuali dell'agente*”, evitando soluzioni che non siano “*commisurate al circolo dei rapporti e dei doveri più vicino alla persona dell'agente*”).

²⁰² Cfr. SZEGÖ, *Ai Confini della legittima difesa* cit., 497: “*Proponendo l'impiego di un simile modello, che innalza a livelli disumani lo standard del dovere di ragionevolezza, la dottrina si dimostra, in definitiva, più realista del re, più oggettivista della criticata giurisprudenza*”. Le critiche in esame, seppur apprezzabili per i risultati pratici cui mirano, non appaiano pienamente condivisibili alla luce di quello che è il pensiero complessivamente esposto da DE VERO. Come si è cercato di evidenziare nel corso del presente paragrafo, la soluzione proposta dall'A. per individuare un valido criterio distintivo tra scriminanti reali e putative che sia anche in grado di fornire una risposta all'interrogativo circa la natura giuridica dell'esclusione della responsabilità di cui all'articolo 59 comma 4 c.p., non parte dall'analisi di quest'ultima norma, ma al contrario, dalla dimensione reale della causa di giustificazione. Una volta preso atto che vi sono talune esimenti, come la legittima difesa e lo stato di necessità, che contemplano al loro interno degli elementi di tipo prognostico, discende dalla natura stessa di tali elementi la necessità di fare riferimento ad un parametro di riferimento per accertare l'esistenza o meno di una situazione di pericolo al momento dell'azione. Pertanto, la soluzione finale che fa riferimento alla visione prospettica propria dell'osservatore esperto non è tanto valida sul piano putativo, quanto su quello dell'effettiva esistenza di una causa di giustificazione. È chiaro, poi, che essendovi una corrispondenza simmetrica tra la scriminante reale e quella putativa - anche se solo nella mente del soggetto agente - la base più o meno rigida che viene impiegata nel condurre il giudizio prognostico sull'esistenza del pericolo è destinata a riflettersi anche nel campo del putativo. Tuttavia, proprio perché tra le due scriminanti - quella reale e quella putativa - intercorre un'ontologica differenza, una volta presa posizione sul parametro per accertare la situazione di pericolo, il compito dell'interprete non si è esaurito, occorrendo ancora individuare la struttura del ragionamento da seguire nell'applicare l'articolo 59 comma 4 c.p. Non a caso, DE VERO (cfr. in particolare *Le scriminanti putative* cit., 797), dopo aver illustrato le sue tesi a proposito dell'elemento del pericolo, afferma che, onde stabilire se sia invocabile o meno la scriminante putativa, occorre porsi il seguente interrogativo: se quel dato di fatto erroneamente supposto dall'agente fosse stato realmente esistente, il giudizio prognostico - a base più o meno totale, a seconda della tesi cui si aderisce - avrebbe condotto ad un positiva verifica circa l'esistenza del pericolo? A ben vedere, dunque, nell'impostazione seguita dall'A., lo standard di riferimento per accertare il pericolo coincide con lo stesso soggetto agente, sicché, quanto meno a livello formale, le esigenze sottese ad una adeguata soggettivizzazione del giudizio sulla ragionevolezza dell'errore possono dirsi soddisfatte. Certo, prendendo spunto da quanto poc'anzi detto in merito allo stretto parallelismo tra fattispecie scriminante reale e putativa, si può affermare che, da un punto di vista sostanziale, la soluzione individuata dall'A. è del tutto inadeguata a fronteggiare le citate esigenze di soggettivizzazione, in quanto sposta solo il problema dalla dimensione putativa - criteri con cui accertare la ragionevolezza dell'errore - a quella reale - struttura del giudizio prognostico tramite cui verificare la presenza dell'estremo del pericolo-.

ragionevolezza dell'errore. Infatti, mentre per la colpa le richiamate esigenze di soggettivizzazione vengono soddisfatte, oltre che con la tendenza a personalizzare sempre più il parametro di riferimento - su cui si rimanda alla nota precedente -, con l'adozione di giudizio di tipo bifasico, in cui, dopo aver verificato - a livello di fatto tipico e secondo l'angolo visuale dell'*homo eiusdem condicionis et professionis* - viene lasciato spazio - a livello di colpevolezza - alle concrete conoscenze e capacità del soggetto agente, onde consentire una compiuta valutazione circa la rimproverabilità di quest'ultimo²⁰³, nulla di quanto descritto accade con riferimento alla valutazione della ragionevolezza dell'errore sull'esistenza di una causa di giustificazione putativa.

2.4 La giurisprudenza italiana sull'applicabilità della legittima difesa putativa ai casi di reazione contro il tiranno domestico

Dopo aver analizzato la dottrina e la giurisprudenza in tema di scriminanti putative, con particolare riferimento alla ragionevolezza dell'errore, occorre ora esaminare come i giudici, chiamati ad affrontare i casi particolari di legittima difesa che qui interessano, abbiano messo in pratica le acquisizioni cui si è giunti nella materia *de qua*.

Va subito posto in rilievo che, al pari della legittima difesa *tout court*, anche quella putativa non ha goduto di miglior sorte presso la giurisprudenza, atteso che le sentenze che ne hanno riconosciuto l'applicazione nei casi che qui interessano rappresentano un numero avvero esiguo.

Fra le pochissime pronunce che hanno ritenuto configurabile la legittima difesa putativa nel caso in cui una donna, vittima di ripetuti ed estenuanti soprusi da parte del marito,

²⁰³ Sul punto si rimanda all'illustrazione di ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 1995, 435-436. Tale seconda fase del giudizio, si impone dunque per la natura stessa del concetto di colpevolezza, atteso che, qualora si dovesse accertare l'impossibilità per l'autore del fatto di rispettare il parametro oggettivo di diligenza, nessun rimprovero potrebbe essere mosso nei confronti dell'autore medesimo. Va, peraltro, precisato anche nella seconda fase del giudizio, che le particolari caratteristiche e conoscenze del soggetto agente devono essere filtrate; debbono cioè andare incontro ad un processo di astrazione e successiva selezione, quali tra esse meritano effettiva considerazione, posto che, diversamente, si giungerebbe sempre al risultato paradossale di escludere sempre la rimproverabilità dell'autore del fatto. In merito al rischio insito nell'eccessiva individualizzazione del giudizio si veda anche GALLO, (voce) *Colpa penale*, in *Enc. Dir.*, VII, 1960, 639.

abbia reagito mortalmente nei confronti di quest'ultimo, colpendolo durante il sonno, si segnala quella emessa dal Tribunale di Bassano del Grappa, sez. G.i.p., 3 marzo 2009²⁰⁴.

Di particolare interesse il percorso argomentativo che ha portato il G.i.p. a ritenere integrata nel caso di specie la legittima difesa putativa. Dopo aver richiamato la nozione di attualità del pericolo²⁰⁵ e aver specificato come quest'ultimo debba essere accertato tenendo conto di tutte le circostanze concrete, il giudice rileva come: *“L’aggressione non era in atto ma il pericolo di vita per A. e i suoi figli era reale, concreto e consistente in quanto l’offesa si palesava imminente e certa in relazione a tutte le circostanze concrete. Una volta che M. avesse intrapreso i propositi manifestati per A. non ci sarebbe stata la minima possibilità di reazione o di scampo, come non c’era mai stata”*²⁰⁶. Passando poi all’esame del requisito della necessità, si osserva come: *“Appare evidente che A. e i figli avrebbero avuto tutto il tempo e l’occasione per chiedere aiuto o per fuggire a quella terribile situazione. Il concreto vissuto ha indotto negli stessi uno status di masochismo appreso [...] determinato da una vita di dolore assoluto e continuo in cui niente e nessuno è mai intervenuto ad interrompere seriamente la brutalità di M. [...] nonostante vi sia stato più volte l’interessamento di diversi servizi o Pubbliche Autorità”*²⁰⁷.

Una volta esclusa le necessità della condotta difensiva - sia pur in termini ambigui, atteso che il passaggio sopra riportato, da un lato, valorizza il particolare *status* psicologico dell'imputata, dall'altro, enfatizza l'incapacità delle istituzioni di fornire un valido ausilio alla donna, lasciata in completa balia del proprio carnefice - si percorre

²⁰⁴ Il testo della sentenza è riportato per stralcio da SELLA, *L’uccisione nel sonno del tiranno domestico: legittima difesa o legittima difesa putativa?* in Ius17@unibo.it: studi e materiali di diritto penale, 2009, 365 ss.. Questi in estrema sintesi i fatti su cui il giudice è stato chiamato a pronunciarsi: l'imputata, dopo aver subito sin dall'inizio della propria vita coniugale con l'uomo ogni genere di vessazioni e umiliazioni (nel testo dell'articolo si fa riferimento, riassuntivamente, ad azioni quali *“picchiare continuamente i figli con spranghe di ferro, anche nel bel mezzo del sonno, lanciarli contro le pale del ventilatore a soffitto, prendere a pugni la moglie sulla testa affinché non rimangano lividi evidenti, percuotere a morte gli animali domestici, impedire a tutti i componenti del nucleo familiare di farsi somministrare le più basilari cure mediche”*).

²⁰⁵ Cfr. Gi.p. Bassano del Grappa 3 marzo 2009: *“il pericolo attuale di un’offesa ingiusta prescinde non solo dalla consumazione, ma pure dal tentativo è già pericolo attuale il subito prima perché non s’identifichi in pericolo meramente futuro”*.

²⁰⁶ Cfr. Gi.p. Bassano del Grappa 3 marzo 2009.

²⁰⁷ Cfr. Gi.p. Bassano del Grappa 3 marzo 2009.

l'opzione della legittima difesa putativa. A questo riguardo, il G.i.p., prendendo in esame l'intero vissuto della donna che l'aveva condotta ad uno stato "*para-delirante*", osserva come l'errore in cui è incorsa l'imputata sia stato determinato proprio da tale suo *status*, escludendo, senza argomentare ulteriormente sul punto, qualsiasi profilo di responsabilità penale, anche a titolo di colpa, nella condotta tenuta dalla donna²⁰⁸.

In definitiva, secondo il giudice, la particolare vulnerabilità psicologica²⁰⁹ in cui versava la donna a causa dei ripetuti abusi subiti, le avrebbe impedito di rendersi pienamente conto delle alternative - rispetto all'uccisione del carnefice - a propria disposizione (chiamare la polizia, chiedere aiuti ai vicini, fuggire dalla casa, etc..), ritenendo, dunque, raggiunta la prova in ordine al positivo convincimento dell'imputata di agire in legittima difesa.

La pronuncia in analisi, se, da un lato, presenta certamente il pregio di allargare l'orizzonte entro cui il giudice è chiamato a muoversi, prendendo in considerazione il drammatico vissuto della donna nella sua interezza, senza limitarsi agli istanti immediatamente precedenti il compimento dell'azione, dall'altro lato, sembra ricondurre tutta la umana vicenda dell'imputata ad un mero disagio psichico, tanto che sarebbe stato più coerente con le premesse di partenza applicare all'imputata la disciplina del vizio - totale o parziale - di mente.

A parte questo isolato precedente di merito, per valutare l'atteggiamento della giurisprudenza sul punto, conviene prendere in esame quelle sentenze che hanno escluso l'applicazione della legittima difesa putativa nei casi che qui interessano, in modo da riuscire a ritagliare *a contrario* l'interpretazione del comma 4 dell'articolo 59 c.p. cui si è ricorsi in detti casi.

²⁰⁸ G.i.p. Bassano del Grappa 3 marzo 2009. "la genesi dell'errore di fatto che ha portato M. alla convinzione di non avere alternative possibili risulta pertanto condizionata dallo stato para-delirante in cui M. stesso aveva condotto la moglie così come i figli (sfociato poi in una infermità psichica al momento del fatto) e porta a ritenere che non vi sia alcun profilo di colpa residuo addebitabile ad A. per la condotta tenuta".

²⁰⁹ SELLA, *L'uccisione nel sonno del tiranno domestico* cit., 366 a questo proposito sottolinea come nella sentenza in esame sia stata fatta applicazione, seppur implicitamente - e probabilmente anche inconsapevolmente - della c.d. *battered woman syndrome defense* - su cui vedi [infra] -. L'A. rileva inoltre come la sentenza presenti degli spunti interpretativi interessanti, poiché, per un verso, esclude la semi-infermità mentale dell'imputata, per l'altro, fa leva sullo "*status para delirante*" di quest'ultima per giustificare l'errore in cui è caduta.

Un caso ormai non più recente che continua a rivestire grande interesse, sia per la vicenda concreta in sé, sia per il modo con cui essa è stata affrontata dai giudici, è quello esaminato dalla sentenza della Corte di Assise di Teramo del 13.10.1995 (Torelli)²¹⁰.

Anche questa volta, il caso su cui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi concerneva un grave quadro di maltrattamenti, sia fisici sia psicologici, posti in essere da un “padre padrone”, Dalmerino Torelli, in danno sia della moglie sia delle figlie. Durante tutta la convivenza con la donna, l’uomo si era sempre dimostrato di una gelosia e di una possessività che celava qualcosa di patologico, tanto che né lei né le figlie erano libere di condurre una normale vita sociale, con la conseguenza che erano state completamente isolate dal mondo esterno. Il Torelli era riuscito a garantire il pieno controllo su tutti membri della propria famiglia, in grado di spadroneggiare liberamente e di spegnere sul nascere qualsiasi tentativo di emancipazione e di autonomia²¹¹.

Nonostante né la moglie dell’aguzzino né le figlie si fossero mai ribellate, una notte, dopo un litigio particolarmente acceso nel corso del quale esse erano state duramente minacciate di morte²¹², al rientro a casa dell’uomo, una delle figlie, Mascia, anziché aprirgli, ha impugnato la pistola e ha fatto fuoco, dapprima attraverso i vetri della porta e, successivamente, dopo aver spalancato l’uscio, direttamente contro il padre.

A fronte della gravità del fatto commesso, la versione fornita dall’imputata è rimasta sempre costante: ha sparato al padre perché costretta dalla necessità di difendersi, temendo seriamente che questa volta le minacce si sarebbero tramutate in realtà e che, dunque, se avesse aperto la porta all’uomo, questi l’avrebbe uccisa.

²¹⁰ Ampi stralci della sentenza e degli atti processuali su cui quest’ultima si è basata sono riportati da SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 231 ss.

²¹¹ Dalla lettura degli atti processuali emerge il racconto di maltrattamenti particolarmente brutali posti in essere nei confronti dei componenti della propria famiglia e, in particolare, della figlia Mascia. Quest’ultima, ad esempio, a soli undici anni veniva percossa con un pesante bastone per essersi fatta scappare il cane e, dopo essere rovinata al suolo per effetto della potenza dei colpi, veniva costretta a sopportare il peso del padre che le saltava ripetutamente sulla schiena; a circa quattordici anni tenta il suicidio dopo aver conseguito una valutazione scolastica non brillante per timore della reazione del padre che già in passato, per questa stessa ragione, aveva costretto sia lei sia la sorella maggiore (quest’ultima, in particolare, era stata legata per un braccio ed una gamba e lasciata appesa per l’intera notte ad una trave del magazzino) a delle punizioni micidiali.

²¹² In base agli atti processuali, risulta che nelle 48 ore immediatamente precedenti l’omicidio, il Torelli avesse sottoposto le donne ad una vera e propria *escalation* di violenza, colpendole con inaudita ferocia ed intensità, e minacciandole ripetutamente che le avrebbe ammazzate. Prima di uscire dall’abitazione, poi, la faticosa frase che ha fatto scattare la reazione di Mascia: “*Non è finita qui*”.

Sembrerebbe, dunque, che nel caso di specie ci siano tutti gli ingredienti, se non per applicare la legittima difesa putativa, quanto meno per interrogarsi a fondo circa la sua configurabilità in concreto. Del resto, la difesa ha improntato la propria strategia processuale interamente sull'alternativa tra difetto di imputabilità (dovuto ad uno scompenso psicotico di cui avrebbe sofferto l'imputata al momento del compimento del fatto, a sua volta cagionato dalle ripetute violenze che le erano state inflitte dal padre)²¹³ e ammissibilità della legittima difesa putativa.

La Corte non ha tuttavia accolto nessuna delle prospettate alternative. Da un lato, ha argomentato come non sia stata raggiunta la prova che l'innegabile perturbamento psichico in cui versava Mascia al momento dell'azione si sia tradotto in un vizio di mente tale da escludere o scemare grandemente la capacità d'intendere e di volere. Dall'altro, ha rilevato come non si possa, parimenti, ritenere provato che l'imputata, a fronte delle minacce ricevute, ritenesse effettivamente di trovarsi in pericolo di vita.

E' interessante notare come nella pronuncia *de quo*, ai fini del riconoscimento della legittima difesa - sia reale che putativa - si siano presi in considerazione solo gli accadimenti immediatamente precedenti il compimento dell'azione delittuosa, tralasciando il trascorso di violenza e prevaricazione subito dall'imputata²¹⁴. Da questo punto di vista, dunque, l'approccio seguito dalla Corte appare antitetico rispetto a quello delle sentenze esaminate nel capitolo precedente²¹⁵, in cui, invece, i giudici si sono

²¹³ Cfr. SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa putativa* cit., 236 riporta alcuni passi della consulenza psichiatrica svolta per conto della difesa: "il comportamento di Mascia ... induce a ritenere che la ragazza ha agito in uno stato confuso onirico non con l'intento e la volontà di uccidere, ma inconsapevolmente per esorcizzare la paura e per scacciare una minaccia imminente". La scelta difensiva di accostare la legittima difesa putativa alla questione relativa alla capacità di intendere e di volere dell'imputata, se appare giustificata dall'obiettivo di "far spuntare" all'imputata il miglior esito processuale - nella sostanza, evitare, oltre che la condanna, il carcere-, su un piano eminentemente valoriale non è condivisibile. In tal modo, infatti, viene sminuita la gravità e la serietà del fenomeno della violenza domestica, assimilando chi ne è stato vittima ad un individuo dotato di un precario equilibrio psichico. Quest'ultima considerazione, che rappresenta una delle più serie critiche che sono state mosse alla *Battered Woman Syndrome*, sarà ripresa e approfondita nel corso dei successivi paragrafi.

²¹⁴ Si vedano le note critiche espresse a riguardo da SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 239-240. L'A. sottolinea inoltre come nel ragionamento dei giudici vi sia una contraddizione di fondo. Infatti, da un lato, ai fini del riconoscimento della legittima difesa (reale o putativa che sia) si analizzano solo i fatti temporalmente collocati negli istanti di poco precedenti l'omicidio, ai fini, invece, dell'applicazione dell'attenuante dello stato d'ira, viene inspiegabilmente ampliato l'orizzonte visuale, attribuendo rilievo, nella sua interezza, al terribile vissuto dell'imputata.

²¹⁵ Cfr. Tribunale per i Minori di Potenza 5 marzo 1993; Corte di Assise di Como 7 aprile 1976

sforzati di attribuire veste giuridica - non solo ai fini della concessione delle attenuanti e della determinazione della pena - a tutto il vissuto delle imputate.

La sentenza si è così conclusa, previo riconoscimento dell'attenuante della provocazione, concesse le generiche, effettuato il giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p. a favore delle attenuanti, con la condanna di Mascia per l'omicidio volontario del padre a anni 10 di reclusione. La decisione adottata in primo grado è stata sostanzialmente condivisa anche in appello²¹⁶ e nel nuovo giudizio instauratosi²¹⁷ a seguito del rinvio con annullamento pronunciato dalla Corte di Cassazione²¹⁸.

Più di recente, anche se relativa ad un caso parzialmente diverso rispetto a quelli presi in considerazione sino ad ora (se non altro perché l'imputata si è trovata a dover fronteggiare direttamente la vittima-carnefice, non potendo contare su di una momentanea condizione di inoffensività), si segnala una sentenza emessa dal G.i.p. di Bolzano²¹⁹ con cui è stata affermata la penale responsabilità a titolo di omicidio preterintenzionale²²⁰ di una donna che era stata, poco prima, abusata sessualmente dal proprio compagno.

In particolare, l'imputata, dopo essere stata costretta ad un rapporto sessuale contro la propria volontà, mentre si trovava nel bagno dell'abitazione a eliminare dal suo corpo le tracce dell'accaduto, era stata raggiunta dell'uomo che, afferrandola per un braccio, manifestava la propria volontà di abusare di lei nuovamente, trascinandola sul divano della sala. A questo punto, la donna aveva afferrato istintivamente un coltello da cucina che si trovava sopra un tavolino della sala con cui il giorno prima aveva reciso i gambi delle rose che le aveva regalato il partner. Alla vista del coltello, l'uomo, anziché indietreggiare l'aveva sfidata (le dice "*fallo*"), cosicché la donna l'aveva colpito al

²¹⁶ Cfr. Corte di Assise di Appello Aquila del 19 giugno 1996. In secondo grado, la pena è stata aumentata ad anni 12 per effetto del riconoscimento dell'aggravante della premeditazione, la quale però non ha inciso sull'esito del giudizio di prevalenza delle attenuanti sulle aggravanti.

²¹⁷ Corte di Assise di Appello di Roma che ha confermato in toto il trattamento sanzionatorio inflitto con la sentenza emessa dai giudici di prime cure.

²¹⁸ Cfr. Cass. 23 gennaio 1997 n. 150, la quale ha accolto i motivi d'impugnazione della difesa relativi al riconoscimento dell'aggravante della premeditazione e alla determinazione del trattamento sanzionatorio.

²¹⁹ Tribunale di Bolzano, sez. G.i.p., 16 aprile 2012 in *Leggi d'Italia*.

²²⁰ È interessante notare come la pena finale cui è stata condannata la donna sia, al pari dei casi precedentemente analizzati, piuttosto bassa, a fronte della gravità del reato commesso: 4 anni di reclusione, sia pur all'esito di giudizio abbreviato e alla concessione delle generiche e dell'attenuante di cui all'articolo 62 n. 2) c.p.

torace con un'unica fatale coltellata, senza, però, reale volontà di ucciderlo, ma solo di cagionargli una lesione.

Il G.i.p., dopo aver dedicato tutta la prima parte della sentenza alla ricostruzione dei rapporti tra la coppia (partendo dal giorno in cui i due si sono conosciuti e ripercorrendo i pregressi episodi di violenza fisica e sessuale subiti dalla imputata), si concentra sulla possibilità di ritenere scriminata dalla legittima difesa la condotta tenuta dalla imputata. A riguardo, egli osserva come debba essere esclusa la possibilità di applicare l'articolo 52 c.p. nel caso di specie, atteso che né il requisito dell'attualità del pericolo (*"Al momento della ferita provocata a Me.Y. non era in atto azione aggressiva tale da determinare la necessità di una condotta difensiva. Il rapporto sessuale non voluto da K. e subito era già terminato. Nella fase successiva - "mi ha ripresa dal bagno per fare ancora l'amore. Mi ha preso per un braccio e mi ha portata ancora nella stanza dove c'è il divano e mi ha voluto ancora prendere con la forza" - M. non era soverchiata da lui, Me., dopo il rapporto sessuale avuto, si era rivestito, aveva infatti pantaloni con cintura allacciata e mutande boxer addosso, M. era completamente abbigliata con pantaloni, calzini e maglietta, i due al momento dell'aggressione erano in piedi"*²²¹), né quello della necessità (*"K.M. avrebbe potuto agevolmente uscire dall'appartamento, la porta era aperta, e chiedere aiuto a P.A., al piano di sotto, che aveva da sempre dimostrato la sua disponibilità, come poi è avvenuto immediatamente dopo, tenuto conto altresì che nessuna delle porte della casa era munita della relativa chiave ad esclusione di quella d'entrata [...] Non si può condividere l'assunto secondo il quale l'imputata sarebbe stata impossibilitata all'azione, perché anche la prospettata reazione psicogena acuta di immobilità tonica sarebbe intervenuta solo nel momento in cui aveva già scelto la reazione e preso il coltello"*²²²), potrebbero dirsi soddisfatti.

Nella pronuncia in esame non viene, tuttavia, spesa alcuna considerazione in merito alla possibilità di inquadrare la condotta dell'imputata nell'ambito della legittima difesa putativa e ciò nonostante l'abuso appena subito dalla medesima rendesse del tutto ragionevole attendersi una nuova aggressione sessuale da parte dell'uomo. Inoltre, partendo dal presupposto dell'imminenza del pericolo (fosse anche solo nella mente

²²¹ Tribunale di Bolzano cit.

²²² Tribunale di Bolzano cit.

dell'autrice del fatto), non appaiono pienamente condivisibili le osservazioni svolte dal G.i.p. in merito alla possibilità, per la imputata, di sottrarsi all'imminente aggressione tramite un *commodus discessus* (*"L'allontanamento, in particolare, se non fa correre alcun pericolo anche a terzi, deve essere la soluzione obbligata, in quanto la reazione è pur sempre un atto violento al quale si deve ricorrere con estrema ratio"*²²³), in quanto non è stato adeguatamente scandagliato l'aspetto relativo alla sicurezza della fuga. Non può, infatti, escludersi - anche avendo riguardo all'innegabile disparità fisica tra l'imputata e il carnefice/vittima - che qualora l'imputata avesse cercato di sottrarsi alle *avances* sessuali del partner uscendo dall'abitazione e chiedendo l'aiuto dei vicini o delle forze dell'ordine, l'imputato l'avrebbe prontamente raggiunta e costretta nuovamente a sottostare ai propri voleri sessuali.

La scarsa attenzione dimostrata dal giudice su questo specifico aspetto appare ancor più grave alla luce di quell'orientamento che reputa rispettato il principio di proporzionalità nel caso in cui il bene vita venga sacrificato rispetto al bene libertà sessuale - purché quest'ultimo sia seriamente messo in pericolo - ²²⁴, atteso che, in forza di tale orientamento, sarebbe potuta derivare l'assoluzione dell'imputata per legittima difesa, quanto meno nella forma putativa.

2.5 Le prospettive di riforma dell'articolo 59 comma 4 c.p. attualmente al vaglio del Parlamento.

In data 4 maggio 2017 è stata approvato dalla Camera dei Deputati un progetto di riforma che investe l'istituto della legittima difesa, reale²²⁵ e putativa²²⁶.

²²³ Tribunale di Bolzano cit.

²²⁴ Per tutti, FIANDACA, *Diritto penale* cit., 290: quando i beni in relazione ai quali deve essere formulato il giudizio di proporzionalità siano tra di loro eterogenei e non vi sia una macroscopica sproporzione gerarchica tra di essi, come appunto nel caso in cui alla libertà sessuale si contrappone il bene vita, devono essere presi in considerazione una serie di indicatori ulteriori: la *"eventuale rilevanza costituzionale del bene, la valutazione offerta dal legislatore penale attraverso l'entità della sanzione prevista nel caso di sua valutazione, la valutazione operata da norme extrapenali, etc."*

²²⁵ Per quanto concerne le novità introdotte in tema di legittima difesa, con la novella è stata prevista la introduzione di un nuovo comma 2 dell'articolo 52 c.p. del seguente tenore: *"Fermo quanto previsto dal primo comma, si considera legittima difesa, nei casi di cui all'articolo 614, primo e secondo comma, la reazione a un'aggressione commessa in tempo di notte ovvero la reazione a seguito dell'introduzione nei luoghi ivi indicati con violenza alle persone o alle cose ovvero con minaccia o con inganno"*. L'attuale comma 2 dell'articolo 52 c.p. è stato raccordato con le modifiche così introdotte, prevedendo che la

Per quanto riguarda le novità apportate sul tema della legittima difesa- che interessano maggiormente in questa sede - nel progetto è previsto l’inserimento di un nuovo ultimo comma che così dispone: *“Nei casi di cui all'articolo 52, secondo comma, la colpa dell'agente è sempre esclusa quando l'errore è conseguenza del grave turbamento psichico causato dalla persona contro la quale è diretta la reazione posta in essere in situazioni comportanti un pericolo attuale per la vita, per l'integrità fisica o per la libertà personale o sessuale”*.

Come osservato dai primissimi commentatori del progetto di riforma, l’intenzione del legislatore sarebbe quella di introdurre una deroga²²⁷ alla disciplina prevista dal comma 4 dell’articolo 59 c.p., atteso che l’errore sulla sussistenza di una fattispecie scriminante non determina il sorgere della responsabilità penale - in particolare, quella a titolo di colpa - tutte le volte in cui si accerti essere il frutto di un grave perturbamento psichico del soggetto agente, perturbamento evidentemente determinato dall’aggressione subita.

disciplina ivi contenuta - ovvero quella in tema di legittima difesa domiciliare - trovi applicazione nei casi di cui al comma di nuova introduzione. Pur senza addentrarsi sulla portata e sulle ricadute pratiche di tale intervento riformatore che esulano dagli obiettivi della presente ricerca, si segnala solo come sia stata ravvisata (Cfr. TRINCHERA, *Approvata dalla camera una proposta di legge in materia di legittima difesa* in www.penalecontemporaneo.it) una certa ambiguità di fondo nella formulazione del nuovo articolo 52 c.p. In particolare, sarebbe proprio l’incipit della norma *“fermo quanto previsto dal primo comma”* a destare le maggiori perplessità, in quanto, se esso da, un lato, richiama *in toto* tutti i requisiti costitutivi della norma, dall’altro, non consente di comprendere quale sia la reale porta innovatrice del progetto di riforma. Peraltro, siffatta interpretazione tradirebbe le intenzioni dichiarate dal legislatore, in quanto verrebbe a restringere, anziché ad ampliare, i confini dell’istituto della legittima difesa domiciliare. Onde vitare il prodursi di tale inconveniente, l’unica soluzione percorribile sarebbe, dunque, quella d’intendere l’espressione *“fermo quanto previsto dal comma 1”* come un mero richiamo alle ipotesi già scriminate ai sensi del comma 1, le quali, rispetto al comma 2, verrebbero così a costituire una ipotesi del tutto autonoma. Anche tale interpretazione, tuttavia, non convince. È, infatti, evidente che svincolando il nuovo comma 2 dai requisiti costitutivi del comma 1 dell’articolo 52 c.p., l’istituto della legittima difesa - nelle ipotesi contemplate dalla nuova disposizione - diverrebbe pressoché illimitato, con gravi ricadute sulla compatibilità costituzionale della norma, specie *sub* art. 117 Cost., in funzione di parametro interposto - per la valutazione di legittimità -. Una disposizione in tema di legittima difesa eccessivamente ampia, pone infatti dei seri problemi di compatibilità con l’art. 2 della Cedu, ove l’uso della forza nelle relazioni tra privati viene legittimato solo quando *“assolutamente necessario”* per respingere una *“violenza illegittima”*.

²²⁶ In realtà, la proposta di legge originariamente contemplava modifiche al solo articolo 59 c.p., mentre quelle all’articolo 52 c.p. - che sono anche quelle maggiormente discusse, in quanto tendono ad ampliare eccessivamente i margini della legittima difesa domiciliare, conferendole, se non contrastata con il ricorso ad interpretazioni correttive, un ambito di applicazione pressoché illimitato - sono state introdotte successivamente, tramite un apposito emendamento. Per un commento a caldo delle novità che con la citata proposta di legge si intendono apportare nella materia *de qua* si rimanda a TRINCHERA, *Approvata dalla camera una proposta di legge* cit.

²²⁷ Così TRINCHERA, *Approvata dalla camera una proposta di legge*, cit.

La portata dell'intervento riformatore non è stata, tuttavia, salutata con favore dai primi commentatori, in quanto ne è stata sottolineata una irrazionalità di fondo: se il grave perturbamento psichico costituisce una diretta conseguenza di un'aggressione in atto, non si comprende la ragione per cui un'analoga limitazione della responsabilità penale non sia stata introdotta anche per all'articolo 55 c.p., in tema di eccesso colposo di legittima difesa²²⁸. Anzi, si osserva, come, a dire il vero, dovrebbe essere proprio l'articolo 55 c.p. la sede naturale in cui far ricadere le ipotesi oggetto della novella.

Se si parte, infatti, dal presupposto che sia l'*effettività* dell'attualità del pericolo a determinare il particolare *status* soggettivo in cui versa l'autore del fatto²²⁹, non solo appare irrazionale escludere dalla novella l'eccesso colposo di legittima difesa, ma la novella medesima diventa di difficile applicazione proprio nei casi di legittima difesa putativa, in cui, difettando taluno degli elementi costitutivi della causa scriminante - essenzialmente, l'attualità del pericolo - a rigore non potrebbe dirsi sussistente quel perturbamento psichico alla base della *ratio* del nuovo comma dell'articolo 52c.p..

A ben vedere, tuttavia, deve osservarsi come non possa escludersi a priori che anche nei casi di legittima difesa putativa si verifichi quel medesimo perturbamento psichico che, indubbiamente, accompagna le ipotesi di eccesso colposo di legittima difesa²³⁰, atteso che nella mente del soggetto agente si profila effettivamente - anche se in maniera erronea - una situazione percepita come di pericolo attuale.

²²⁸ In questo senso PULITANÓ, *Legittima difesa: tra retorica e problemi reali in Diritto Penale Contemporaneo*, I, 2017, 5: "Anche un eccesso che sia colposo secondo i parametri ordinari di valutazione, potrebbe essere meritevole di uno sguardo meno severo di quanto non dicano i parametri normali (di prudenza e diligenza esigibili in situazioni normali)". Negli stessi termini anche TRINCERA, op. ult. cit.

²²⁹ Cfr. PULITANÓ, *loc. ult. cit.*: "E' l'effettività di un'aggressione in atto la causa probabile di grave perturbamento psichico, e l'eccesso anche colposo la conseguenza che pone il problema dell'eventuale esonero da responsabilità. E sull'articolo 55 c.p. che vi è ragione di intervenire".

²³⁰ A ben vedere, si tratta di soluzione discutibile, atteso che, come visto nel corso del primo capitolo, è controversa la compatibilità della legittima difesa con elementi di natura soggettiva, come il perturbamento psichico appunto. Anzi, dopo il definitivo superamento di quelle tesi che ravvisano il fondamento della legittima difesa in un moto psichico, conseguente all'attacco subito (cfr. ad es. tesi della coazione morale), la soluzione maggioritaria in dottrina è a favore di una ricostruzione della *ratio* della legittima difesa in termini oggettivi, sicché il c.d. *animus defendendi* non sarebbe necessario al fine di integrare la scriminante. In altre parole, secondo l'opinione maggioritaria in dottrina, ai fini dell'applicazione dell'articolo 52 c.p. - e dunque anche dell'art. 55 che ne ricalca tutti i requisiti costitutivi, atteso che la differenza tra le due disposizioni in questione ricade esclusivamente sulla fase esecutiva -, il permutamento psichico del soggetto agente non costituisce un elemento indefettibile (pur se è ragionevole ritenere che, nella quasi totalità dei casi, all'aggressione ingiusta si accompagni anche una reazione nel foro interno dell'agredito).

In merito all'estensione applicativa della nuova disposizione sulla legittima difesa putativa, si evidenzia come essa, per effetto di un'espressa presa di posizione del legislatore, sia limitata alle sole ipotesi di cui al comma 2 dell'articolo 52 c.p., in cui la condotta aggressiva viene posta in essere all'interno di un luogo di privata dimora. Tale limitazione ha, però, costituito oggetto di osservazioni critiche, in quanto è stato rimarcato come, a ben vedere, esigenze analoghe a quelle che s'intendono tutelare con la nuova causa scusante si pongono anche al di fuori di detti luoghi²³¹.

Tuttavia, se si guarda alla nuova disciplina sotto un diverso angolo visuale che tenga conto, anziché del perturbamento psichico del soggetto agente, delle ragioni di politica criminale che vengono in rilievo, in effetti appare discutibile che la novella abbia tralasciato del tutto l'articolo 55 c.p.: solo in quest'ultimo caso, infatti, il conflitto tra i contrapposti interessi - quelli dell'agredito, da un lato, e quelli dell'aggressore, dall'altro - è effettivo, giustificando così l'atteggiamento del legislatore meno severo nei confronti di colui che abbia ecceduto nei limiti della legittima difesa. Nel caso, invece, della legittima difesa putativa, poiché il contrasto tra beni giuridici non trova alcuna corrispondenza della realtà - sussistendo solo nella mente del soggetto agente - l'inserimento nel codice penale di una disposizione che ne ampli la portata comporterebbe un sacrificio eccessivo degli interessi di colui che, agli occhi dell'autore dell'autore del fatto, venga erroneamente percepito come una minaccia per la propria sfera giuridica²³².

²³¹ Cfr. PULITANÓ, *Legittima difesa* cit., 6 che auspica, pertanto, che il progetto di riforma venga modificato in senso estensivo, ricomprendendo anche le reazioni difensive poste in essere al di fuori dei luoghi di privata dimora.

²³² PULITANÓ, *Legittima difesa* cit., 6. L'A. osserva, inoltre, che l'attuale disciplina in tema di scriminanti putative non necessita di essere messa in discussione, in quanto garantisce un adeguato equilibrio dei contrapposti interessi che si fronteggiano in tal caso. Richiamandosi al noto caso in cui un famoso giocatore di calcio aveva simulato una rapina all'interno di una gioielleria - cfr. Trib. Roma 4 febbraio 1977 in *Cass. pen. Mass.*, 1977, 1046 ss. -, si richiama alla distinzione tra errore riconoscibile e, dunque, colposo ed errore non riconoscibile, incolpevole. Poiché l'attuale art. 59 comma 4 c.p. prevede già un'esenzione da pena nel caso in cui l'errore non sia riconoscibile e, dunque, incolpevole, ne consegue che la disciplina in esame fornisce già un'adeguata tutela nei confronti di chi versa in errore, senza bisogno di essere ulteriormente ampliata. A quanto osservato, vengono agganciate delle considerazioni di carattere politico-criminale, relative alle ragioni che hanno determinato il legislatore ad introdurre la novella: se alla *ratio* della nuova disciplina è quella di "evitare un'eccessiva responsabilizzazione di colui che si trovi costretto dalla necessità di difendersi, è l'eccesso colposo in una reazione difensiva necessitata, e non l'erronea supposizione di un pericolo in realtà inesistente, il problema cui potrebbero essere date risposte nuove e migliori".

Onde evitare le conseguenze più vistose di tale inconveniente, sarebbe, dunque, auspicabile che venisse eliminata la disparità tra articolo 55 c.p. e il nuovo ultimo comma dell'articolo 52 c.p., rendendo più uniforme la relativa disciplina per quanto concerne il trattamento riservato a quegli errori che costituiscono il frutto di un perturbamento psichico. In questo modo, infatti, verrebbe definitivamente superato l'irragionevole sottoposizione ad una disciplina di maggior favore per quelle ipotesi - quelle riconducibili alla legittima difesa putativa - che comportano un maggior sacrificio dei contrapposti interessi; a questo punto, diverrebbe, pertanto, una mera questione di politica criminale, discutibile ma di per sé non irrazionale, estendere l'ambito di operatività della norma sulla legittima difesa putativa.

Ciò posto e prendendo atto di quelli che sono gli attuali intendimenti del legislatore, occorre interrogarsi sulle possibili conseguenze che deriverebbero qualora il progetto di riforma sulla legittima difesa venisse definitivamente approvato. Conseguenze che interessano soprattutto ai fini della soluzione dei casi particolari di legittima difesa al centro della presente ricerca. Si potrebbe, cioè, sostenere che, con l'inserimento del nuovo ultimo comma nel corpo dell'articolo 52 c.p., sia stata tracciata la strada che consente di fornirne un adeguato inquadramento giuridico ai predetti casi di legittima difesa?

Certamente, le ipotesi in cui la donna reagisce contro il partner maltrattante, seppur astrattamente riconducibili alla lettera della nuova previsione normativa - atteso che nella quasi totalità dei casi, la condotta difensiva viene posta in essere all'interno dell'abitazione in cui sono state perpetrate le continue vessazioni - non sono state quelle che hanno guidato l'intervento riformatore. Il legislatore ha, infatti, inteso fornire risposta a quei casi, spesso alla ribalta delle cronache giornalistiche e oggetto di vivace scontro politico, in cui il privato cittadino viene aggredito da parte di un individuo sconosciuto e all'interno di quei luoghi in cui dovrebbe essere massima la propria sicurezza. Tale risposta si va così ad aggiungere, oltre alla novità che il progetto riformatore in analisi ha apportato direttamente sull'istituto della legittima difesa, all'intervento normativo del 2006, con cui si sono aggiunti i commi 2 e 3 dell'articolo 52 c.p.

Ciò non impedisce, tuttavia, di estendere le novità in tema di legittima difesa putativa anche ai casi che interessano, salvo dimostrare che la donna, nel momento in cui ha agito - quindi, mentre il carnefice dormiva o era altrimenti posto in condizioni di inoffensività - si trovava in un perturbamento psichico tale da escludere non solo il dolo, ma la colpa *tout court*.

Nei prossimi paragrafi si approfondirà la praticabilità di tale soluzione e, più in generale, della legittima difesa putativa, alla luce dei contributi che provengono dall'esperienza dei paesi di *common law*, soprattutto quelli d'oltre oceano, in cui vi è stata una maggiore attenzione alle problematiche di genere che ha condotto ad elaborare delle teorie che ben descrivono, dal punto di vista psicologico, la condizione delle donne che hanno subito ripetuti episodi di violenza domestica.

2.6 Cenni sull'istituto della legittima difesa nell'ordinamento angloamericano

Come accennato, mentre in Italia sono pochi gli studi dedicati al fenomeno della violenza di genere e, in particolare modo, sui suoi riflessi giuridici, la situazione è ben diversa negli ordinamenti di *common law*, dove ad una maggiore sensibilità sul tema è corrisposta l'elaborazione di una vera e propria teoria, nota come *Battered Woman Syndrome* (BWS). Tale teoria, che trae origine dagli studi condotti dalla psicologa americana Leonore Walker²³³, riveste un particolare interesse ai fini della presente ricerca, in quanto ha costituito il punto di riferimento per i difensori di molte donne maltrattate, dell'uccisione del loro carnefice.

Prima di illustrare in che cosa consista la BSW e come essa abbia fatto ingresso nelle aule dei tribunali di *common law*, occorre, però, fornire qualche indicazione di carattere generale sull'istituto della *self-defense*, al fine di verificare, in un'ottica comparatistica, se gli esiti cui si è prevenuti siano suscettibili di estensione anche al nostro ordinamento. Si anticipa sin da ora che negli ordinamenti angloamericani è sconosciuta la distinzione tra legittima difesa e legittima difesa putativa, ragion per cui non deve apparire singolare che si sia scelto di affrontare l'argomento proprio in questo capitolo, dedicato

²³³ Cfr. L.E. WALKER, *The Battered Woman Syndrome*, New York, 1984

alla legittima difesa putativa: le peculiarità della *self-defense*, unitamente alla ricca elaborazione dottrinale e giurisprudenziale cui essa è andata incontro in materia di violenza e discriminazione di genere - il riferimento è, in particolare, alla *battered woman syndrome* e al movimento critico sorto intorno ad essa - non solo avvicinano molto di più l'istituto in esame alla legittima difesa putativa rispetto alla legittima difesa *tout court*, ma ne rendono opportuna la trattazione in questa sede.

Come noto, negli ordinamenti che si rifanno alla tradizione di *common law*, il diritto trova essenzialmente la propria fonte nel formante giurisprudenziale, sicché si cercherebbe invano una norma che, al pari dell'articolo 52 c.p., scolpisca a chiare lettere i requisiti costitutivi della *self-defense*.

L'attuale struttura della legittima difesa negli ordinamenti angloamericani costituisce il risultato di una complessa stratificazione di precedenti giurisprudenziali - ma anche normativi, seppur in misura molto inferiore; a questo proposito si pensi al *Parliament's Statue* del 1532 di cui si dirà oltre - evolutosi di pari passo con lo sviluppo della società e del pensiero dei più illustri esponenti della dottrina che si sono occupati del tema²³⁴.

Volendo delineare brevemente la metamorfosi subita dalla *self-defense* nel corso del tempo, si osserva come essa sia stata inizialmente concepita in una dimensione esclusivamente privatistica²³⁵, ovvero come strumento per consentire al privato cittadino di tutelare i propri interessi²³⁶.

²³⁴ SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa cit.*, 137-138, rileva come la struttura della legittima difesa negli ordinamenti di *common law* abbia assunto una fisionomia stabile solo con il rafforzamento dell'autorità statale centrale, a scapito delle articolazioni territoriali del potere, rappresentate dai *lords*. Prima di tale momento, infatti, i casi di omicidio venivano risolti in base ad accordi raggiunti di volta in volta dai singoli individui coinvolti nella vicenda delittuosa o dai clan di rispettiva appartenenza.

²³⁵ SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa cit.*, 139 ss. precisa, però, come negli ordinamenti angloamericani rivestano scarso interesse le questioni dottrinali che non presentano degli immediati riflessi pratici. Pertanto, a differenza che in Italia, le problematiche inerenti la individuazione della *ratio* e del fondamento della legittima difesa non hanno "entusiasmato" molto gli interpreti, tanto che è mancata un'approfondita indagine circa la natura pubblicistica o privatistica della stessa.

²³⁶ SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa cit.*, 141 ss. L'A. osserva, però, come in passato non siano mancate le teorie in tema di legittima difesa elaborate partendo da una prospettiva pubblicistica. Ci si riferisce in particolare alla concezione sanzionatoria della legittima difesa, concezione che, come suggerisce il nome stesso, si fondava sul presupposto che la reazione del privato a fronte di un'aggressione ingiusta non fosse altro che un'anticipazione della sanzione penale. Tali tesi, tuttavia, non hanno goduto di particolare favore presso gli interpreti, in quanto, in forza dell'analogia tra legittima difesa e sanzione che si veniva così a creare, risultavano eccessivamente svincolata dal requisito dell'imminenza dell'attacco, giungendo a legittimare reazioni difensive ormai non più tempestive rispetto all'aggressione.

Fra le concezioni privatistiche della legittima difesa, quella più “primordiale” è la c.d. *exuse se defendendo*²³⁷: in base a tale concezione, si riteneva che agisse in legittima difesa colui che, letteralmente messo con le spalle al muro dall’avversario, non aveva altra scelta che reagire letalmente contro di esso, e ciò a prescindere da chi dei due litiganti avesse attaccato per prima.

E’ interessante notare come in questo caso non venga in rilievo una causa di giustificazione, ma una mera scusante²³⁸, atteso che la ragione alla base dell’esclusione della punibilità veniva ravvisata in un vero e proprio sentimento di compassione nei confronti dell’imputato, venutosi a trovare in una situazione senza via di scampo.

In ragione del fatto che l’*exuse se defendendo* non elideva l’illiceità della condotta di reato - la quale continuava, pertanto, ad essere riprovata dall’ordinamento -, l’imputato riusciva unicamente a “scampare” la pena capitale, ma non le ulteriori conseguenze connesse all’uccisione di un uomo (in particolare, la confisca di tutti i beni)²³⁹.

Con il passare del tempo, si è, poi, passati ad una concezione della legittima difesa più affine a quella cui siamo abituati oggi, in quanto ne è stata sancita la natura non più di *excuse*, bensì di *justification*.

Come accennato poc’anzi, inizialmente l’istituto della legittima difesa - anche sotto la rinnovata veste di *justification* - è stato relegato alla dimensione privatistica, quale portato del principio, scolpito a livello sociale prima ancora che giuridico, *dell’hold his ground*: chi subiva un’aggressione in una pubblica via ad opera di ladri o altri malfattori, era pienamente legittimato a reagire (anche mortalmente), senza alcun

²³⁷ La *self defense* è apparsa per la prima volta con tale denominazione nel XIII secolo.

²³⁸ In virtù dei rilevanti risvolti pratici che ne derivano, la dottrina anglosassone si è mostrata particolarmente attenta nel verificare se la legittima difesa rientri nella categoria della *justification* o della *excuse*, e ciò già a partire da epoche piuttosto risalenti (BLACKSTONE, *Commentaries on the law of England*, 1765-1769, 188. Per la dottrina più moderna, per tutti, FLETCHER, *The individualization of excusing condition*, *Souther California L. Rev.*, 1974, 1269 ss.). Senza correre il rischio di apparire eccessivamente approssimativi, si può affermare che la distinzione tra le due categorie ricalca quella tra cause di giustificazione e scusanti, così come, del resto, le pratiche che ne derivano. In particolare, mentre le *justifications* hanno un ambito di applicazione universale, estendendosi a tutti i concorrenti nel reato, le *excuses*, al contrario, si applicano esclusivamente nei confronti del soggetto cui esse si riferiscono. Quanto detto discende dal fatto che solo in presenza delle *justifications* la condotta conforme alla fattispecie incriminatrice perde il proprio disvalore penale - e di regola anche quello sociale -, a differenza di quanto accade per le *excuses*, in cui l’azione continua ad essere disapprovata dall’ordinamento. Per ogni ulteriore e più approfondita analisi si rimanda a GRANDE, *Justification and Excuse. Le cause di non punibilità nel diritto anglo americano* in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, 1993, 309 ss.

²³⁹ cfr. SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 148 ss.

obbligo di darsi alla fuga²⁴⁰. Questo era in buona sostanza il contenuto del *Parlament's Statue* del 1532.

In altri termini, l'omicidio commesso a scopo "*felony prevention*" era ritenuto giustificato dall'ordinamento, e ciò essenzialmente sulla scorta del rilievo che chi aggredisce l'altrui sfera giuridica è già solo per questo in torto e, pertanto, merita la reazione dell'agredito, con le inevitabili conseguenze in relazione al rispetto del principio di proporzionalità²⁴¹.

Con la successiva elaborazione, la *self defense* è stata progressivamente svincolata dall'ottica individualistica; dapprima, attraverso l'affermazione²⁴², in maniera sempre più preponderante, del principio di proporzionalità, successivamente, tramite gli influssi esercitati dalla moderna teoria sociale.

Nella prima direzione, il requisito della proporzionalità è stato a tal punto valorizzato all'interno della struttura della legittima difesa che se ne è potuto ricavare il seguente principio generale: l'uccisione di un altro individuo è consentita solo al cospetto di una minaccia di morte o di gravi lesioni, in tutti gli altri casi la reazione non potrà mai essere letale²⁴³. Tale principio è stato poi recepito nel Model Penale Code²⁴⁴ (cfr. § 3.04) che

²⁴⁰ Si segnala come tale concezione ed in particolare il dovere, dinanzi ad un'aggressione, di darsi alla fuga, sempre che ciò non esponga ad un pericolo maggiore, non sia stata ancora del tutto definitivamente superata ancor oggi. Secondo una parte della dottrina angloamericana, infatti, il cd *duty of retreat* non può essere utilmente invocato quando l'aggressione avviene in quel luogo che, per definizione, dovrebbe essere quello più sicuro in assoluto in cui trovare riparo: l'abitazione domestica (a questo proposito si vedano le osservazioni svolte da DRESSLER, *Understanding criminal law*, 2006, 191 ss.).

²⁴¹ SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 151. L'A. osserva come tale concezione della legittima difesa risenta molto delle teorie lockiane (cfr., In particolare, LOCKE, *Trattato sul governo civile*, trad., 1925) che, come noto, predicano un esasperato individualismo, arrivando a paragonare gli uomini a tante isole o nazioni, in perenne guerra tra di loro. Se si parte da tale presupposto, diviene, dunque, inevitabile riconoscere l'applicazione della legittima difesa in favore di quell'individuo che abbia subito un attacco ai propri beni o, più in generale, ad un proprio diritto, con tutti le gravi ripercussioni che ne derivano in punto di rispetto del principio di proporzionalità. Infatti, la configurabilità della legittima difesa al cospetto di offese che recano solo un pericolo per beni di natura patrimoniale, porta evidentemente con sé il problema della determinazione dei limiti entro i quali sia ammessa la reazione difensiva. Come però osserva l'A., le tesi sviluppate in tema di legittima difesa si sono sempre presentate in forma ibrida, tanto che il requisito della proporzione non è mai stato tralasciato del tutto. Sull'elemento della proporzione nella struttura della *self-defense* si veda LA FAVE-SCOTT, *Criminal law*, 1986, 455 ss.

²⁴² In linea con la tradizione dei paesi di *common law*, si deve soprattutto all'opera giurisprudenziale la progressiva espansione dell'importanza del requisito della proporzionalità.

²⁴³ LA FAVE-SCOTT, *Criminalelaw*, 456.

²⁴⁴ Si tratta di una conquista piuttosto recente degli Stati Uniti d'America. Infatti, è solo nel 1952, dopo anni di tentativi non andati a buon fine, che un gruppo di giudici, avvocati e professori universitari ha finalmente raggiunto un accordo in merito al contenuto di un documento che, nell'ottica dei suoi ideatori, doveva fungere da guida per i singoli stati membri, individuando, i principi cardine di diritto penale e la

riconosce la liceità di una reazione fatale per l'agredito nei casi in cui sussista un pericolo di morte, di lesioni gravi, di violenza sessuale o di subire un sequestro di persona²⁴⁵, senza tuttavia fornire alcuna indicazione sui casi in cui è, invece, consentita una reazione non letale.

Proprio dal solco tracciato dal principio di proporzionalità si è dipartita la seconda direttrice lungo cui la *self-defense* si è sviluppata, sino ad assumere gli attuali connotati, ovvero la c.d. tesi sociale.

In particolare, le moderne concezioni in tema di proporzionalità, ne hanno sottolineato la sua attinenza ad una dimensione di equità e di giustizia sociale, decretando il definitivo superamento della visione esclusivamente individualista dell'istituto²⁴⁶.

Quale diretta conseguenza della rinnovata concezione della legittima difesa, la portata di quest'ultima è stata intesa in termini esattamente invertiti rispetto all'orientamento tradizionale: tramite l'azione difensiva deve essere garantito, più che l'interesse del singolo messo in pericolo dall'aggressione, il soddisfacimento dell'utilità sociale. In base a tale impostazione, discende, dunque, che non sono ammesse tutte quelle reazioni difensive che, avuto riguardo alla loro intensità rispetto al contrapposto interesse sacrificato, cagionino un danno - intendendosi quest'ultimo come bene collettivo,

disciplina delle singole fattispecie delittuose da seguire in ciascuno di detti stati, si da rendere maggiormente omogenea e uniforme la materia. In particolare, si segnala come la struttura del Model Penal Code sia divisa in quattro parti: la prima dedicata ai principi generali di diritto penale, ivi compresi i criteri per la valutazione dei mezzi di prova, la seconda ai singoli reati, la terza alla pena e la quarta ai profili organizzativi inerenti l'espiazione della pena. La misura con cui tale documento ha effettivamente influito sugli statuti dei singoli stati membri è stato oggetto di un analitico studio condotto da HERBERLING, *Justification: The impact of the Model Penal Code on the statutory reform in Columbia* L. Rev., 1975.

²⁴⁵ Cfr HERBERLING, *Justification*, cit., 933.

²⁴⁶ Sul punto si vedano le considerazioni svolte da BEALE, *Retreat from murderous assault*, Harvard L. Rev., 1903, 567ss. e, in particolare, pag. 581-582: "*The law does not ordinarily secure the enjoyment of rights; it grants redress for a violation of rights. Sometimes, to be sure, equity by injunction or decree attempts to protect rights rather than to redress wrongs, but this is extraordinary. Still less frequently the law permits one to protect his own rights, but in no case may he do this unless in accordance with the interests of the state[...]. If the law is to be carried out it must protect the state against such homicides. The interests of the state alone are to be regarded in justifying crime; and those interests require that one man should live rather than that another should stand his ground in a private conflict*". L'A., inoltre, ravvisando alla base della legittima difesa un'istanza di tutela sociale - anziché meramente individuale - dedica ampio spazio alla trattazione dei casi in cui sussiste per il soggetto agente un obbligo di non reagire e di darsi alla fuga, affermando che tale obbligo si profila tutte le volte in cui l'agredito possa sottrarsi al pericolo allontanandosi dalla sua fonte; al contrario, a questo fine, non viene dato alcun rilievo a considerazioni attinenti alla dignità e alla reputazione dell'agredito, il quale, nel darsi a una fuga poco "decorosa" potrebbe apparire agli occhi dei consociati come un codardo.

ovvero somma dei beni facenti capo ad una pluralità di individui - superiore rispetto ai benefici apportati per l'agredito²⁴⁷.

2.7 La struttura della legittima difesa secondo il modello anglo-americano

La legittima difesa nell'ordinamento anglo-americano viene riconosciuta in presenza di una serie di requisiti tra di loro concorrenti: la presenza di un'aggressione, imminente ed ingiusta, tale da rendere necessaria la reazione, onde impedire il realizzarsi del male minacciato; una reazione proporzionata da parte dell'agredito; un "*honest belief*" in capo a quest'ultimo, in relazione alla sussistenza di tutti i requisiti (materiali) della *self-defense*²⁴⁸. Per quanto concerne, poi, nello specifico la c.d. *deadly defense*, per la sua

²⁴⁷ SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit. 158 ss., ha, tuttavia, sottolineato come i riflessi della teoria sociale non debbano essere enfatizzati, atteso che, a partire dagli anni '70 e '80, sembrano riavere ripreso vigore tesi di stampo più marcatamente individualistico, in particolare la c.d. *castle doctrine*, in base alla quale, chi subiva una aggressione all'interno della propria abitazione, aveva il diritto di reagire anche esercitando una *deadly force*. Invero, mentre numerose sentenze emesse negli anni '50 e '60 avevano riconosciuto la legittimità dell'uso della *deadly force* nei soli casi in cui fosse stato accertato un pericolo per la incolumità fisica di chi si trova all'interno dell'abitazione al momento della aggressione, a partire dagli anni '70 si è assistito ad un cambiamento di rotta. Infatti, non solo sono state emesse pronunce che ammettono in termini molto più elastici la legittima difesa "domiciliare", ma si è agito anche a livello normativo, attraverso le modifiche apportate agli Statuti di Diritto Penale dei singoli stati membri, le quali, in buona sostanza, hanno legittimato la reazione difensiva in caso di *burglary* (furto con scasso) e in tutte le altre ipotesi in cui l'attacco avviene all'interno delle mura domestiche, prescindendo dalla circostanza che la messa in pericolo riguardi solo beni di natura patrimoniale (sul punto si rimanda alle considerazioni svolte da LA FOND, *The case for liberalizing the use of deadly force in self-defense* in *U. Puget Sound L. Rev.* 1983, 280, in cui viene riportato il noto caso giudiziario Goetz). Tuttavia, l'A. osserva come tale inversione di rotta sia più apparente che reale, atteso che, se si considerano i mutamenti sociali nel frattempo intervenuti - i quali hanno reso non solo più frequenti gli attacchi alla tranquillità dei cittadini, ma anche più temibili -, si comprende come alla base della rinnovata attrazione per le dottrine individualistiche vi sia l'incapacità dello Stato di far fronte, in maniera adeguata, alle esigenze di sicurezza dei consociati: "*Qualora lo stato si dimostrasse incapace di assolvere il suo compito primario, cioè di assicurare l'ordine e la stabilità sociale[...] più che tante isole o nazioni gli uomini apparirebbero allora come tanti lupi e a Locke finirebbe per sostituirsi Hobbes*".

²⁴⁸ Cfr. § 3.4 Model Penal Code: "***Use of Force Justifiable for Protection of the Person.***": "*Subject to the provisions of this Section and of Section 3.09, the use of force upon or toward another person is justifiable when the actor believes that such force is immediately necessary for the purpose of protecting himself against the use of unlawful force by such other person on the present occasion*". Sul punto si veda anche ROBINSON, *Criminal law defenses: a systematic analysis* in *Columbia L. Rev.*, 1982, 216 ss. L'A. sottolinea come la presenza dei requisiti della *necessity* e della *proportionality* sia comune a tutte le cause di giustificazione, le quali, verrebbero, dunque a distinguersi in base alla c.d. *triggering condition*, ovvero la condizione scatenante. Tale *triggering condition* nella *self-defense* è rappresentata da un attacco, apparente o reale, che, nell'immediato, minaccia di offendere ingiustamente un diritto altrui.

ammissibilità occorre accertare che il soggetto agente abbia ritenuto, in base ad un “*honest belief*”, di trovarsi in una situazione di pericolo imminente per la propria incolumità fisica e che la reazione mortale fosse l’unico modo per opporsi a tale pericolo.

È evidente come i requisiti costitutivi della *self-defense* siano pressappoco gli stessi di quelli previsti dall’articolo 52 c.p., ad eccezione dell’*honest belief*, che introduce all’interno della causa scriminante un elemento di natura soggettiva.

Se si considera che nell’ordinamento anglo-americano la distinzione tra legittima difesa reale e putativa è sconosciuta, si può tranquillamente affermare che la disciplina della *self-defense* corrisponde a quella tracciata dal comma 4 dell’articolo 59 c.p. e tracciare, così, un parallelo con la legittima difesa putativa. Non a caso si è scelto di trattare l’argomento in questo capitolo dedicato alla legittima difesa putativa quale possibile soluzione da dare ai casi in cui la donna maltrattata sia imputata di aver ucciso il proprio carnefice in un contesto in cui il pericolo non fosse ancora sufficientemente attualizzato. Concentrando l’attenzione sul requisito dell’*honest belief*, va rilevato come sia opinione sostanzialmente unanime - sia in dottrina sia in giurisprudenza - che la sua portata vada apprezzata interamente sul versante soggettivo²⁴⁹. Di conseguenza, colui che agisce in assenza di quello che potrebbe essere definito l’*animus defendendi*, non può invocare a proprio favore la *self-defense*, e ciò persino nel caso in cui, da un punto di vista oggettivo, tutti i relativi requisiti costitutivi risultino integrati²⁵⁰; al contrario, nell’ipotesi in cui difetti taluno dei requisiti costitutivi della *self-defense*, ma l’agente, ciononostante, ritenga di agire in presenza di condizioni che, se effettivamente esistenti, renderebbero legittima la sua condotta, l’effetto scriminante si produce ugualmente. Tuttavia, affinché si configuri la legittima difesa, è anche necessario che l’opinione di

²⁴⁹ In senso contrario si veda però ROBINSON: *A theory of Justification: societal harm as a prerequisite for criminal liability* in *U.C.L.A. L. Rev.*, 1975, 284 ss. il quale, facendo leva sulla natura della legittima difesa quale causa di giustificazione, afferma come la sua operatività non debba essere subordinata alla verifica dell’atteggiamento soggettivo dell’agente, essendo sufficiente, a tal fine, che i requisiti della *self-defense* esistano sul piano oggettivo. Nel caso in cui dovesse, invece, emergere che l’autore del fatto ha errato in merito all’esistenza di una situazione di fatto scriminata, la sua condotta sarà soltanto scusata, sempre che risulti la ragionevolezza dell’errore medesimo. Analoghe considerazioni, seppur con riferimento al diritto anglosassone, sono svolte da WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, 1983, 504 ss.

²⁵⁰ cfr. FLETCHER, *The right deed for the wrong reason: a reply to Mr. Robinson* in *U.C.L.A. L. Rev.*, 1975, 320. il quale sottolinea come al fine di applicare la *self-defense* sia imprescindibile l’accertamento circa l’esistenza di “*good reason for inflicting that harm*”, posto che, diversamente, non opererebbero i presupposti per giustificare un’azione intrinsecamente dannosa, quale l’uccisione di un uomo.

agire del soggetto agente in sua presenza sia ragionevole, *rectius*, che l'errore circa l'esistenza dei suoi elementi fondanti sia ragionevole²⁵¹.

Sulla nozione di ragionevolezza dell'errore e sulla individuazione dei parametri da utilizzare per accertarla, sono state elaborate diverse teorie in seno all'ordinamento anglo-americano. Alla loro esposizione verrà dedicato interamente il paragrafo, atteso che, in considerazione della stretta analogia tra la *self defense* e la legittima difesa putativa²⁵², se ne possono ricavare dei preziosi spunti da importare nell'ordinamento italiano.

2.8 La ragionevolezza dell'errore circa l'esistenza della *self-defense*: individuazione del metro di giudizio applicabile.

L'individuazione del parametro da impiegare per accertare la ragionevolezza dell'errore circa la sussistenza degli elementi costitutivi della *self-defense* è uno degli argomenti maggiormente dibattuti, soprattutto in considerazione degli importanti riflessi pratici che ne derivano.

La discussione ruota tutta intorno all'interrogativo se il parametro da assumere a riferimento debba essere soggettivo, oggettivo o ibrido.

²⁵¹ Così LA FAVE SCOTT, *Criminal Law* cit., 457

²⁵² Si tratta certamente di una analogia, se non di una vera e propria identità, di carattere certamente strutturale. Per quanto concerne, invece, la *ratio* dei due istituti, in mancanza di un'approfondita trattazione dell'argomento da parte degli studiosi anglo-americani, non ci si può spingere sino a tracciare un parallelismo tra *self-defense* e legittima difesa-putativa. Pur essendo ormai un dato acquisito che la *self-defense* costituisca una causa di giustificazione e non una scusante, la dottrina che si è occupata incidentalmente della questione ne ha ravvisato il fondamento in esigenze di tutela di volta in volta differenti e, talvolta, non sempre in linea con la riconosciuta natura dell'istituto. Infatti, se da un lato è stata riconosciuta alla base della *self-defense* una funzione regolativa dei conflitti insorti tra consociati, altre volte si è affermato che alla radice della stessa vi sia una forma di compassione dell'ordinamento nei confronti del soggetto agente, cui l'aggressore, con la propria condotta, non ha lasciato alcun margine di scelta. Sul punto sono state assunte anche delle posizioni intermedie: secondo alcuni, il fondamento dell'istituto consiste nel sanzionare la condotta dell'aggressore, mentre, secondo altri, nel dare pratica attuazione al principio dell'“*hold his ground*”. Infine, non sono mancate opinioni che hanno ravvisato alla base *self-defense* una pluralità di *rationes*. (per una sintetica rassegna delle diverse posizioni assunte sul tema del fondamento della legittima difesa nell'ordinamento anglo-americano si veda SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 160-161).

La tesi favorevole all'adozione di un parametro soggettivo è rimasta minoritaria sia in dottrina che in giurisprudenza²⁵³, in quanto ne è stata sottolineata la sostanziale inutilità al fine del giudizio sulla ragionevolezza dell'errore: se, infatti, il parametro viene fatto coincidere con il soggetto agente, è ovvio che il risultato che si ottiene sarà sempre quello di ritenere ragionevole e, dunque, giustificata la condotta dell'agente.

L'alternativa ricade, di conseguenza, tra l'adozione di un modello interamente oggettivo ed uno misto che sommi al proprio interno i vantaggi derivanti dai due modelli opposti - oggettivo e soggettivo -, evitando, al contempo, i principali inconvenienti.

Anche se non con la stessa certezza con cui si è rifiutata l'applicazione del parametro soggettivo, l'orientamento prevalente si è mostrato favorevole alla seconda delle ipotizzate alternative, proponendo l'impiego di un giudizio bifasico (*two pronged test*): in un primo momento (che corrisponde alla fase oggettiva) viene elaborato un parametro astratto in cui, al posto dell'autore del fatto, viene pensato un agente modello dotato di un grado medio di ragionevolezza; successivamente (fase soggettiva) tale modello subisce una progressiva personalizzazione sulla base delle caratteristiche individuali dell'agente che, di volta in volta, vengono giudicate rilevanti al fine di conferire maggiore concretezza al parametro²⁵⁴. Tuttavia, l'individuazione e il successivo isolamento di tali caratteristiche costituiscono l'aspetto maggiormente problematico del c.d. *two pronged test*²⁵⁵.

In mancanza di specifiche indicazioni sul punto da parte di dottrina e giurisprudenza, le quali si limitano a richiedere in capo al *reasonable man* le medesime conoscenze, esperienze e percezioni del soggetto agente - correndo, peraltro, il serio rischio di

²⁵³ Fra i sostenitori di tale orientamento LA FAVE-SCOTT, *Criminal Law* cit., 458 nota 29, i quali, tuttavia, argomentano la loro tesi basandosi essenzialmente sulla formulazione letterale del Model Penal Code (sulla quale si dirà oltre).

²⁵⁴ Cfr DONOVAN-WILDMAN, *Is the reasonable man obsolete? A critical perspective on self-defense and provocation* in *Loyola of Los Angeles L. Rev.*, 1980-1981, 439 ss. (e in particolare 444 ss.) in cui si dà atto di come l'attuale tendenza a livello dottrinale, ma soprattutto giurisprudenziale, sia quella di andare verso una progressiva oggettivizzazione del parametro dell'uomo medio, atteso che il rigido ancoraggio di quest'ultimo a modelli di tipo oggettivi ha spesso condotto, nel passato, ad esiti insoddisfacenti.

²⁵⁵ FLETCHER, *The individualization of the excusing condition* in *Southern California L. Rev.*, 1974, 1291 ss. Come si desume dal titolo stesso dell'articolo, l'analisi condotta dall'A. è molto più ampia, in quanto abbraccia tutti quegli istituti (si pensi, per rimanere sul terreno delle *excuses* alla *duress*, che corrisponde, grossomodo, all'attenuante della provocazione) che per essere applicati richiedono una valutazione in ordine alla ragionevolezza del soggetto agente e, di conseguenza, la individuazione del parametro da utilizzare per condurre il relativo accertamento.

contraddirsi rispetto alle premesse, in quanto, un rimando così ampio e generico alle caratteristiche individuali dell'agente non consente di distinguere adeguatamente il modello in esame da quello soggettivo -, la selezione dei tratti salienti dell'autore del fatto da prendere in considerazione è demandata al singolo caso concreto²⁵⁶.

Oltre a quello sopra evidenziato, un altro aspetto problematico della *self-defense* concerne il trattamento giuridico delle ipotesi in cui l'agente abbia irragionevolmente ritenuto di agire in presenza di condizioni di fatto che, se effettivamente esistenti, avrebbero reso lecita la sua condotta.

Secondo un orientamento più rigoroso (definito "*all or nothing*"), mentre in caso di errore ragionevole la condotta dell'agente continua a rivestire carattere lecito, in caso, invece, di errore illecito, essa non solo acquista rilievo penale, ma determina il sorgere di una responsabilità di tipo doloso.

Tale orientamento, in considerazione degli esiti cui conduce, non è stato però accolto dalla maggior parte degli interpreti, i quali ne hanno sottolineato la contrarietà ad un principio di equità: da un lato, infatti, chi agisce nella convinzione, erronea ma ragionevole, dell'esistenza di una situazione di fatto riconducibile alla *self-defense*, non va incontro ad alcuna conseguenza giuridica, mentre che chi agisce nella medesima convinzione, seppur irragionevole, risponde del fatto commesso "*purposely*", ovvero come se lo avesse voluto effettivamente²⁵⁷.

Secondo un'altra tesi che ha trovato più ampio consenso in dottrina e in giurisprudenza per la sua maggiore vicinanza al principio di equità, il soggetto che ritiene irragionevolmente di agire in costanza di *self-defense*, pur soggiacendo ad una qualche forma di responsabilità penale, non risponderà del fatto come se egli lo avesse commesso intenzionalmente, andando incontro ad una significativa attenuazione della responsabilità medesima. Ad esempio, nel caso che qui interessa dell'omicidio,

²⁵⁶ Tale preoccupazione sembra trovare conferma nelle parole di DORÈ, *Downward adjustmnet and the slippery slope: the use of duress in defense of battered offenders* in *Ohio State L. Journal*, 1995, 715-716: "... courts are increasingly willing to subjectify a coercitive situation with external physical characteristics like size, strenght, age or health". L'A. sottolinea, inoltre, l'elevato tasso di discrezionalità che ciò comporta, in quanto, in mancanza di saldi parametri, il grado di soggettivizzazione cui va incontro il modello per la valutazione della ragionevolezza muta di volta in volta, a seconda del giudice chiamato ad effettuare detta valutazione. Tale aspetto è sottolineato anche da FLETCHER, *The individualitazion* cit., 1292-1293.

²⁵⁷ Il punto è messo in risalto, in particolare, da HERBERLING, *Justification* cit., 920. L'autore, peraltro, ha criticato tale soluzione non solo dal punto di vista dell'equità, ma anche dal punto di vista teorico.

l'imputato non verrà accusato di *voluntary homicide*, ma del reato meno grave di *voluntary manslaughter* (reato che non trova una diretta corrispondenza nell'ordinamento italiano, essendo riconducibile ad una pluralità di figure criminose, ed in particolare, all'omicidio volontario attenuato dalla circostanza di cui all'articolo 62 n. 2) c.p. - c.d. provocazione - e all'omicidio commesso per eccesso colposo di legittima difesa ex art. 55 c.p.)²⁵⁸.

Si segnala come sia sulla questione relativa alla individuazione del parametro di riferimento per la valutazione in ordine alla ragionevolezza dell'errore sia sul tema delle conseguenze giuridiche che derivano dalla irragionevolezza dell'errore medesimo, è intervenuto il Model Penal Code.

Nel primo senso, occorre leggere il § 3.04 che detta la definizione generale della *self-defense* in combinato disposto con il successivo § 3.09²⁵⁹: il richiamo, contenuto nel § 3.04, alla sezione che disciplina i casi di errore sulle *justifications*, evidenzia come, affinché sia integrata la *self-defense*, sia necessario che il requisito della ragionevolezza dell'errore sia soddisfatto tramite l'impiego di *standard* di riferimento oggettivo, *rectius*, ibrido. Il mero convincimento dell'agente di agire in presenza della *justification* non è, dunque, sufficiente, come sembrerebbe suggerire una lettura isolata del § 3.04²⁶⁰ a giustificare la sua condotta, in quanto, nel caso in cui nella realtà difettino gli elementi

²⁵⁸ Cfr LA FAVE-SCOTT, *Criminal law* cit., 463 i quali fanno riferimento ad una figura intermedia rispetto all'omicidio volontario, il *voluntary manslaughter* appunto.

²⁵⁹ **Section 3.09. Mistake of Law as to Unlawfulness of Force or Legality of Arrest; Reckless or Negligent Use of Otherwise Justifiable Force; Reckless or Negligent Injury or Risk of Injury to Innocent Persons.**

(1) *The justification afforded by Sections 3.04 to 3.07, inclusive, is unavailable when:*

(a) *the actor's belief in the unlawfulness of the force or conduct against which he employs protective force or his belief in the lawfulness of an arrest which he endeavors to effect by force is erroneous; and*

(b) *his error is due to ignorance or mistake as to the provisions of the Code, any other provision of the criminal law or the law governing the legality of an arrest or search.*

(2) *When the actor believes that the use of force upon or toward the person of another is necessary for any of the purposes for which such belief would establish a justification under Sections 3.03 to 3.08 but the actor is reckless or negligent in having such belief or in acquiring or failing to acquire any knowledge or belief which is material to the justifiability of his use of force, the justification afforded by those Sections is unavailable in a prosecution for an offense for which recklessness or negligence, as the case may be, suffices to establish culpability.*

(3) *When the actor is justified under Sections 3.03 to 3.08 in using force upon or toward the person of another but he recklessly or negligently injures or creates a risk of injury to innocent persons, the justification afforded by those Sections is unavailable in a prosecution for such recklessness or negligence towards innocent persons.*

²⁶⁰ Si è già rilevato in precedenza come tale soluzione non sia condivisa in maniera unanime dalla dottrina, atteso che una parte di essa, argomentato proprio sulla base del tenore letterale del § 3.04 del Model Penal Code, conclude nel senso di ritenere integrata la *self-defense* anche in presenza di un errore del tutto irragionevole circa la sua esistenza. Si reputa, infatti, quello propugnato dalla norma in questione sia un modello di ragionevolezza di natura esclusivamente soggettiva (così LA FAVE-SCOTT, *Criminal law* cit., 458 nota 29).

costitutivi della *self-defense*, il giudice dovrà spingersi oltre, sino a valutare se l'errore in questione sia attribuibile a *recklessness* (forma più grave di colpevolezza) o a *negligence*.

Quanto, poi, alla natura ibrida del metro di giudizio, tale conclusione deriva dalle definizioni di *recklessness* e *negligence* contenute, rispettivamente, alle lettere c) e d) del § 2.02 del Model Penal Code²⁶¹ (alle quali, abbia visto, si richiama il § 3.09), ove la figura dell'agente modello viene costruita attorno, oltre che alla caratteristiche di un individuo dotato di un livello medio di diligenza e di ragionevolezza, anche alle particolari circostanze di fatto in cui ha agito l'autore del fatto²⁶².

Per quanto concerne, invece, il secondo quesito relativo alle conseguenze giuridiche che derivano in caso di errore irragionevole sulla esistenza della *self-defense*, il Model Penal Code, sempre al § 3.09, con una formulazione equiparabile nella sostanza a quella del comma 4 dell'articolo 59 c.p., esclude che in tale ipotesi operi la *justifications* e rimanda a quelle norme che puniscono il fatto commesso a titolo di colpa. Sennonché, in merito a tale soluzione, è stato sottolineato come le sue ricadute pratiche non differiscano molto da quelle che si sarebbero ottenute mediante l'applicazione di un parametro interamente soggettivo, posto che - al pari dell'ordinamento giuridico italiano

²⁶¹ (c) **Recklessly**: "A person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor's situation".

(d) **Negligently**: "A person acts negligently with respect to a material element of an offense when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that the actor's failure to perceive it, considering the nature and purpose of his conduct and the circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation".

²⁶² Model Penal Code and Commentaries. Pt. I. General provisions, 1985, 242. Sul punto si vedano anche le considerazioni svolte da MARCUS, *Book review of the Model Penal Code and Commentaries in Journal of criminal law & Criminology*, 1982, 829 ss. in cui, riferendosi, in particolare, alla valutazione della *recklessness* e della *negligence* in rapporto all'omicidio commesso in seguito a provocazione ("*heat of passion*"), viene sottolineato come nel Model Penal Code sia adottata una soluzione mediana: da un lato, viene preso in considerazione uno *standard* sufficientemente oggettivo che previene dal rischio di una sovrapposizione tra modello astratto e agente concreto, dall'altro, tale modello viene reso "più umano", mediante la contaminazione con alcune delle caratteristiche individuali dell'agente ritenute rilevanti ai fini del giudizio sulla colpevolezza.

- le ipotesi di delitti puniti a titolo di colpa costituiscono una categoria residuale nel diritto di *common law*, specie per quello americano²⁶³.

2.9 La Battered Woman Syndrome e il suo utilizzo quale parametro per la dimostrazione della ragionevolezza della condotta tenuta dalle donne imputate dell'uccisione del loro carnefice.

Nell'ordinamento nord-americano, più sensibile alle questioni di genere rispetto a quello italiano, è sorta una vasta e ricca elaborazione, sia giurisprudenziale sia dottrinale, in merito alle sorti giuridiche cui vanno incontro le donne che, dopo essere state sottoposte per anni a gravi episodi di abusi e maltrattamenti, reagiscono, ferendo mortalmente il proprio carnefice.

La discussione si è concentrata soprattutto sui casi più problematici, ovvero quelli in cui la reazione difensiva viene posta in essere nei c.d. *non confrontational settings*, in quanto, di regola, è proprio in dette ipotesi che la configurabilità della *self-defense* desta le maggiori perplessità.

In considerazione della sostanziale identità strutturale tra *self-defense* e legittima difesa putativa²⁶⁴, in questa sede non si ripeteranno le considerazioni svolte in precedenza in merito alla difficoltà, in tali casi, di inquadrare la condotta dalle imputate entro il perimetro della *justification*²⁶⁵, ma si procederà direttamente alla illustrazione delle

²⁶³ Cfr. SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa cit.*, 162-163, la quale, oltre a tale aspetto, sottolinea come la disciplina prevista per tali ipotesi sia la stessa di quella che si applica in caso di errore sul fatto tipico di reato.

²⁶⁴ Se dal punto di vista strutturale, non si ravvisano delle significative divergenze tra la *self-defense* e la legittima difesa putativa, tuttavia, da un punto di vista dogmatico, la differenza non è di poco conto. Infatti, mentre costituisce un dato ormai assodato che la *self-defense* appartenga al novero delle *justifications*, la legittima difesa putativa non si fonda sulla valutazione in ordine legittimità della condotta tenuta dal soggetto agente, bensì, pur con tutte le incertezze evidenziate nel corso dei precedenti paragrafi, sull'impossibilità di muovere un rimprovero di colpevolezza in capo all'agente.

²⁶⁵ In questa sede, si accenna solo al fatto che, al pari di quanto visto per l'ordinamento italiano, i requisiti strutturali della *self-defense* che mal si conciliano con i casi che qui interessano sono l'attualità/imminenza del pericolo e quello della necessità. Meno problematico appare, invece, il rispetto della proporzionalità, sempre che non voglia accedere a quella teoria, esposta nel capitolo precedente, che collega tale requisito a quello dall'attualità del pericolo, in un rapporto che, quanto alla rigidità delle rispettive interpretazioni, possiamo definire, con un gioco di parole, di proporzionalità inversa (infatti,

soluzioni individuate negli ordinamenti di *common law* - ed in particolare, in quello americano - per cercare di ovviare il problema.

Riprendendo le tesi elaborate da una psicologa americana, Leonore Walker²⁶⁶, a partire dalla fine degli anni 70'- inizio anni 80', una parte degli interpreti, constatata la strutturale inadeguatezza della *self-defense* a trovare applicazione nei confronti delle donne (ed in particolare nei confronti di quelle che reagiscono contro una persona ben conosciuta e che, per anni, le hanno sottoposte ai più atroci abusi)²⁶⁷, hanno cominciato

quanto più s'indulge nella interpretazione dare al concetto di attualità del pericolo, tanto maggiore dovrà essere la corrispondente contrazione del significato da attribuire alla proporzionalità).

²⁶⁶ *The Battered Woman Syndrome* cit. Gli studi condotti dalla studiosa americana traendo spunto dagli esperimenti condotti dallo psicologo Martin Seligman su alcuni cani. In particolare, l'esperimento consisteva nel sottoporre i cani a delle scariche di elettricità, in un primo momento dopo essere stati imbragati, successivamente, invece, senza alcun preavviso. Il giorno seguente gli animali vennero addestrati ad evitare le scariche o scappare; tuttavia, il risultato dell'esperimento fu a dir poco sorprendente, in quanto soltanto un terzo dei cani imparò a sfuggire alle scariche, mentre i restanti due terzi non cercò nemmeno di scappare, assumendo un atteggiamento del tutto passivo. L'ipotesi che venne formulata per spiegare l'anomalo comportamento degli animali fu che essi, non riuscendo a tenere sotto controllo la situazione, rimanevano paralizzati di fronte al pericolo.

²⁶⁷ Per una più approfondita ed analitica esposizione di quali siano le ragioni di tale inadeguatezza, si rimanda agli ultimi paragrafi del capitolo precedente. Tuttavia, tra i contributi più significativi della dottrina sul tema si segnala LACEY, WELLS, QUICK, *Reconstructing Criminal Law. Text and materials*. Cambridge, 2010 i quali, seppur non solo nel limitato settore del diritto penale cui si fa riferimento nella presente ricerca, adottano un approccio allo studio della *criminal law* piuttosto innovativo, conferendo un rilievo centrale alle condizioni soggettive del soggetto agente. Sull'argomento si segnala anche il contributo di NICOLSON, *Telling tales: gender discrimination, gender construction and Battered Women who kill in Feminist Legal Studies*, 1995, 185 ss. (cfr. in particolare pag. 201): "*The subjection of battered women who kill to trial by character results from two well-documented phenomena: their limited access to male-oriented criminal law defenses and the general characterisation of women accused of violence as either mad or bad. It is important, however, to understand how these two phenomena reinforce each other*" e ancora, poco più oltre: "*The trial by character of battered women who kill also flows from the male orientation of criminal law. The close fit between violence and constructed masculinity, the related fact that it is male violence which is most visible in society and the precedents of law, and the obvious fact that law is constructed both by and for men combine to ensure that the law relating to homicide has been constructed around masculine notions of what is blameworthy, justified or excused. [...]* In addition, those defences which might offer some assistance to battered women self-defense and provocation are clearly premised upon perceptions of "normal" male behaviour. Thus, when threatened by violence, the "normal" man reacts instantaneously with force equivalent to that offered by an opponent assumed to be of roughly equal size and strength; when provoked by taunts and slurs to his honour, he loses his temper and reacts, again instantaneously, with violence. This renders both defenses highly inaccessible to battered women who kill. Both ignore the difference in size and strength between women, the impracticality of women acting instantaneously or with equivalent force to male violence and the fact that lengthy violence and abuse mean that battered women are highly unlikely to meet the behavioural standards enshrined in the reasonable woman test, let alone that of the reasonable person". Nello stesso senso si veda anche SCHNEIDER, *Equal rights to trial for women: sex-bias in the law of self defense* in 15 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.*, 1980, 631 ss. che sottolinea come la *self-defense* sia stata pensata e plasmata sulla scorta di un modello maschilista, come testimoniano dai requisiti della proporzionalità (*equal force rule*) e dell'imminenza del pericolo, entrambi calibrati sul paradigma dello scontro aperto tra soggetti sconosciuti e di pari forza. Infatti, prosegue l'A., è proprio il riferimento a tale paradigma che spiega il motivo per cui, ai fini della integrazione della *self-defense*, non rilevano tutte quelle circostanze

a sfruttare quei margini che il requisito dell'*honest belief* lasciava aperti all'interno della *self-defense*.

In altre parole, posto che il parametro per la valutazione della ragionevolezza circa l'esistenza della *self-defense* non è (almeno secondo l'orientamento maggioritario) interamente oggettivo, ma, come detto, risente degli influssi esercitati dalla teoria soggettiva, in assenza di una rigida predeterminazione di quali caratteristiche individuali dell'agente debbano essere prese in considerazione e quali no, si è cercato di ricondurre la particolare esperienza delle *battered women* all'interno del parametro in questione.

Le riflessioni svolte della Walker sono state, infatti, raccolte ed elaborate in modo da costituire una vera e propria teoria, in cui vengono spiegate ed illustrate le conseguenze che si verificano nella psiche delle donne sottoposte per anni a gravi maltrattamenti, sia fisici che psicologici.

In particolare, secondo la psicologa americana, alla base delle violenze che le donne subiscono per mano del proprio *partner* vi è un vero e proprio schema che segue un andamento circolare, articolato lungo tre distinte fasi.

La prima fase (c.d. *tension building*) si caratterizza per un susseguirsi ravvicinato di violenze che diventano, via via, di intensità sempre crescente, sino a raggiungere la seconda fase (c.d. *incident*), ove gli abusi giungono al culmine della loro gravità; a questo punto (c.d. *reconciliation/ honey moon*), il *batterer* ritorna sui propri passi, mostrandosi pentito e ravveduto rispetto all'accaduto. Dopo la riconciliazione, in cui per qualche istante, sembra ritornare la pace e la armonia nella relazione di coppia, il ciclo ricomincia da capo con la prima fase.

Proprio questo andamento ciclico della violenza impedisce, secondo la Walker, alla donna di reagire in maniera energica e decisa nei confronti del *partner*. Durante la

collocate in un momento cronologico anteriore rispetto allo scontro, le quali, invece, ben avrebbero permesso di cogliere le peculiarità insite nei casi di violenza domestica.

Per un interessante inquadramento della *self-defense*, in chiave, oltre che giuridica, sociologica, si veda anche la storica sentenza della Supreme Court of Canada, R v. Lavallee, 3 maggio 1990, [1990] 1 S.C.R. 852 consultabile in <https://scc-csc.lexum.com>, relativa ad un caso in cui una donna, vittima da diversi anni di gravi maltrattamenti da parte del compagno, aveva sparato un colpo mortale alla testa del proprio carnefice mentre si trovava girato di spalle, nell'atto di uscire dalla porta della stanza ("*It is not for the jury to pass judgment on the fact that an accused battered woman stayed in the relationship. Still less is it entitled to conclude that she forfeited her right to self-defense for having done so ... the traditional self-defense doctrine does not require a person to retreat from her home instead of defending herself. A man's home may be his castle but it is also the woman's home even if it seems to her more like a prison in the circumstances*").

prima fase, infatti, l'entità degli abusi non ha ancora assunto dei contorni così gravi da spingere la donna alla ribellione, la quale si trova così divisa tra la speranza che il compagno possa cambiare, da un lato, e dall'altro, dal timore che una sua eventuale reazione possa aggravare la situazione. Nella seconda fase è, invece, il picco raggiunto dalla violenza che paralizza del tutto la capacità reattiva della donna, alla quale non rimane dunque che attendere in silenzio che gli abusi abbiano termine. La terza fase della riconciliazione, infine, esercita ruolo fondamentale nella psiche della *battered woman*, in quanto contribuisce a rafforzare, concretizzandola, la speranza che il partner si redima, cessando la condotta prevaricatrice; tale fase, per lo stesso, è inoltre in grado di spiegare la ragione per cui la donna sia in grado di sopportare per anni e anni le peggiori sopraffazioni senza interrompere la relazione sentimentale con il carnefice.

Per descrivere l'atteggiamento interiore della *battered woman* viene, dunque, utilizzato il termine di violenza appresa (*learned helplessness*): uno *status* interiore di completa paralisi di fronte alle continue violenze che, non solo non consente alla donna di ribellarsi al *batterer* interrompendo la relazione, ma le impedisce anche di trovare una qualsiasi via di fuga alla situazione, come, ad esempio, chiedere l'intervento delle forze dell'ordine, chiedere aiuto ad amici, parenti, conoscenti, vicini, etc.

Tramite la BWS viene, dunque, elaborato un modello che, almeno secondo i suoi sostenitori, è in grado di spiegare quello che ai più sembrerebbe, altrimenti, un comportamento del tutto incomprensibile, fornendo una ragionevole spiegazione (secondo l'ottica della tipica *battered woman*) del perché tanto il requisito della attualità del pericolo quanto quello della necessità (che rappresentano i maggiori ostacoli che si frappongono alla configurabilità della *self-defense* nelle ipotesi *de qua*) debbano dirsi rispettati.

Infatti, con riferimento al requisito della attualità del pericolo, si rileva che l'andamento ciclico dei maltrattamenti fa sì che la *battered woman* sviluppi un'eccezionale capacità di percepire e decifrare i più piccoli segnali della condotta dell'aguzzino e di prevedere, così, il momento esatto in cui un nuovo episodio di violenza si abatterà su di lei. Quanto, invece, al requisito della necessità, ci si limita a osservare che il suo rispetto costituisce una diretta conseguenza della *learnend helplessness*, la quale renderebbe la donna del tutto incapace di rendersi conto delle alternative a propria disposizione per

porre fine alla spirale della violenza²⁶⁸. A questo proposito, si consideri che al fine di descrivere la condizione psicologica in cui la donna viene a trovarsi a seguito dei maltrattamenti, non è infrequente, sia in dottrina sia in giurisprudenza, il suo accostamento alla figura del prigioniero. Al pari di quest'ultimo, anche la *battered woman* si trova in una situazione di totale impotenza verso il proprio carceriere, nei cui confronti, in mancanza di tangibili vie di fuga e per un ancestrale spirito di sopravvivenza, sviluppa un sentimento dicotomico: da un lato, un profondo terrore per la propria incolumità, dall'altro, una vera e propria dipendenza, dettata dall'intimo convincimento che solo assecondando i voleri del *partner*, potrà ricevere protezione da quest'ultimo e garantirsi così la salvezza²⁶⁹.

²⁶⁸ Il punto è ben evidenziato nella citata sentenza R v Lavalley, in cui vengono accolte interamente le teorie della Walker, come testimoniato da alcuni stralci della pronuncia di seguito riportati: "*although there were obviously no steel fences keeping her in [the accused felt] that there were steel fences in her mind which created for her an incredible barrier psychologically which prevented her from moving out. Based on this view, the accused suffered from a form of "learned helplessness "which caused her to "[lose] the motivation to react and [become] helpless and ... powerless ... paralyzed with fear"*".

Sulla questione si veda anche GOOSEN, *Battered Women and the requirement of imminence in self-defense* in *Potchefstroom Electronic Law Journal*, vol.16, 2013,106 ss. Lo scritto si riferisce al sistema sud africano, ma le considerazioni svolte dall'A. ben si attagliano anche all'oggetto in analisi. I requisiti costitutivi della legittima difesa nell'ordinamento del Sud Africa, sono, infatti, sostanzialmente gli stessi di quelli della *self-defense* e della legittima difesa secondo l'ordinamento italiano: "*A person who is victim of an unlawful attack upon person, property or other recognized legal interest may resort to force to repel such attack. Any harm or damage inflicted upon an aggressor in the course of such private defense is not unlawful*". Va, peraltro, osservato che la legittima difesa Sud Africana presenta particolari punti di contatto soprattutto con l'articolo 52 c.p., atteso che anche in detto ordinamento è conosciuta la distinzione tra legittima difesa reale e putativa). L'A. dopo aver constatato l'impossibilità di ricondurre l'esperienza della donna maltrattata al paradigma della legittima difesa - "*A claim of self defense in terms of general principles of South African law could be rejected on the ground that it was unreasonable to believe that such attack was imminent*" - s'interroga sulla possibilità di configurare nel caso di specie la legittima difesa putativa, con riferimento alla imminenza del pericolo. Pur mettendo in pratica la teoria della BSW, egli nega che il giudice, sulla scorta di tale tesi, possa giungere ad una valutazione positiva in ordine alla ragionevolezza della condotta dell'imputata. Infatti, a questo fine il giudice dovrebbe essere messo nelle condizioni di sapere con esattezza sia in quale fase del ciclo della violenza l'imputata abbia agito sia la durata di ciascuna delle distinte fasi del ciclo: nel caso in cui, nel corso del processo, venga accertato che la donna abbia agito durante la fase della riconciliazione in cui il carnefice desiste, seppur momentaneamente, dalle condotte di maltrattamento, non si può allora concludere nel senso di ritenere ragionevole il suo convincimento di trovarsi in presenza di un *imminent danger*.

Sulla capacità predittiva delle *battered women* in ordine al verificarsi di nuovi episodi di abuso si veda anche LOVELESS, *Domestic Violence, Coercition and Duress* in *Criminal Law Review*, 2010, 96-97.

²⁶⁹ Sul punto si rimanda a SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa cit.*, 253 ss. La condizione di dipendenza psicologica sperimentata dai prigionieri di guerra nei confronti dei carcerieri è anche nota come sindrome di Stoccolma ed ha costituito oggetto di particolare approfondimento da parte di STRENN, *The Stockholm Syndrome: law enforcement, policy and ego defenses of the hostage* in WRIGHT, BAHN, REIBEN, *Forensic Psychology and Psychiatry*, 1980, 137.

Attese le rilevanti conseguenze di ordine pratico connesse all'applicazione della BWS, la teoria in esame ha avuto ampio riscontro anche in sede processuale, ove le difese delle *battered women* accusate dell'uccisione del loro *partner* si sono appellate alle teorie della Walker onde dimostrare la ragionevolezza delle azioni delle loro assistite. Nonostante l'ampio ricorso alla teoria in esame da parte della difesa, sono rimaste isolate le pronunce cui si è prevenuti ad un esito assolutorio nei confronti delle imputate²⁷⁰; tuttavia, il riferimento alla BSW in tali casi ha avuto il pregio di sensibilizzare sia i giudici che l'opinione pubblica sul tema della violenza di genere, anche in considerazione del canale attraverso il quale la teoria in esame ha fatto ingresso nelle aule di Tribunale. Ci si riferisce al c.d. *expert testimony*, figura che, seppur con le dovute differenziazioni, può essere paragonata a quella del perito²⁷¹. Nonostante la sua

²⁷⁰ Per un esame casistico delle sentenze di assoluzione pronunciate dalle Corti Americane si rimanda a SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 174 ss. È interessante notare come l'esito del processo sia in stretto rapporto con la natura del parametro di giudizio impiegato per valutare la ragionevolezza del convincimento della imputata di agire in presenza di una situazione qualificabile come *self-defense*: maggiori sono gli influssi esercitati da un modello di valutazione oggettivo, minori sono le probabilità che la donna venga assolta per aver agito in stato di legittima difesa. Altro elemento che incide profondamente sul risultato processuale è la maggiore o minore ampiezza dell'angolo visuale adottato per l'accertamento dell'attualità del pericolo, dal momento che solo prendendo in considerazione tutto il drammatico vissuto dalla *battered woman* - quindi, anche avvenimenti che si sono verificati a molti anni di distanza rispetto alla condotta omicidiaria - si è grado di comprendere le reali motivazioni che hanno spinto all'azione la donna.

²⁷¹ In verità, nel nostro ordinamento sarebbe difficile ammettere la testimonianza dell'*expert testimony*, e cioè del perito/consulente tecnico, nella materia *de qua*, in quanto ciò si scontrerebbe con il divieto di perizia criminologica sancito dall'articolo 220 comma 2 c.p.p. Di conseguenza, l'unico canale attraverso cui riversare l'esperienza della *battered woman* all'interno processo penale rimane quello della perizia psichiatrica, ma percorrere tale via, come meglio si dirà nel prosieguo, significherebbe sconfessare le premesse da cui muove la BWS. Ciò non toglie tuttavia, che il vissuto della donna maltrattata possa comunque penetrare nel processo penale italiano; anzi, come si dimostrerà riportando alcuni stralci di una sentenza emessa dalla Corte di Assise di Milano relativa all'uccisione da parte di una donna del proprio omano (Ass. Milano 27.05.2016 n. 4/16), nel nostro ordinamento i giudici non si sono mostrati del tutto indifferenti al tema della violenza perpetrata all'interno delle mura domestiche (anche se ciò, come visto, conduce raramente ad esiti assolutori per le imputate), sforzandosi di collocare l'azione delittuosa entro una più ampia cornice che tenga conto anche dei passati abusi subiti dall'autrice del fatto. Con particolare riferimento alla citata sentenza, occorre precisare sin da subito che essa si riferisce ad un caso qualificato come eccesso di legittima difesa, avvenuto nell'ambito di un c.d. *confrontational setting*: l'imputata, dopo essere stata picchiata e minacciata di morte, aveva trafitto con un coltello da cucina lo sterno della vittima, ferendola mortalmente. Nonostante il temperamento violento e manesco del compagno emerso nel corso del processo, i giudici hanno escluso che l'imputata abbia agito in legittima difesa, anche solo nella forma putativa, atteso che nel momento in cui è avvenuta l'azione delittuosa l'uomo risultava aver cessato ogni condotta aggressiva, limitandosi a pronunciare una frase provocatoria ("*cosa pensi di fare con questo coltello*"). Il ragionamento seguito dalla Corte per escludere la sussistenza di una ipotesi di legittima difesa putativa appare tuttavia degno di nota, in quanto evidenzia come l'angolo visuale adottato sia tutt'altro che miope, prendendo in considerazione tutti i pregressi episodi di violenza: "*Pertanto, alla luce di questi elementi di prova, così come delle stesse dichiarazioni della imputata non sono emersi*

ammissibilità all'interno del processo penale sia tutt'altro che pacifica a causa del discusso fondamento scientifico della BWS (su cui vedi *infra*)²⁷², tale figura consente di veicolare nelle aule di giustizia il peculiare modo di percepire e di reagire di fronte al pericolo tipico delle donne sottoposte per anni a gravi episodi di maltrattamento, garantendo, nel contempo, le esigenze sottese all'adozione di un parametro di ragionevolezza di natura ibrida.

Infatti, la circostanza che a dar voce ai pensieri che hanno animato l'azione della imputata non sia direttamente quest'ultima, bensì una persona in possesso di specifiche competenze tecniche, contribuisce a rendere maggiormente oggettivo il parametro di ragionevolezza (in quanto l'agente modello adottato, ossia la *battered woman* modello, pur presentando delle caratteristiche che non rispecchiano quelle in possesso della generalità dei consociati, non coincide nemmeno con l'agente concreto) e a vincere così la ritrosia mostrata dai giudici e giurati nel comprendere gli aspetti di ragionevolezza celati dietro l'azione omicidiaria dell'imputata.

episodi antecedenti o circostanze relative alla sera del 3.4.15 che permettano di sostenere che nell'occasione la signora M. avesse avuto ragioni specifiche per ritenere che R. questa volta avrebbe attentato alla sua vita". Peraltro, un intero paragrafo della sentenza è stato dedicato all'esame delle "esperienze che appaiono aver condizionato le reazioni dell'imputata": *"Più di uno psichiatra e psicologa hanno incontrato la M. dopo i fatti ed in tutti i detti contesti sono emerse le conseguenze, nella connotazione della sua personalità e del suo modo di agire, dei fatti traumatici che la stessa aveva in precedenza vissuto. Alla luce delle osservazioni di questi testi possono pertanto meglio comprendersi non solo le condizioni e lo stato d'animo della imputata dopo l'omicidio di R., ma anche le ragioni della sua esagerata reazione"; "la teste sottolineava quindi che l'aver sperimentato maltrattamenti nell'infanzia rende più vulnerabile e più in difficoltà nel sottrarsi a condizioni di maltrattamento e spiegava anche alla luce di questo perché la imputata non si era sottratta alle violenze di R...Non andava al Pronto Soccorso per vergogna, perché si sentiva umiliata e controllata dal convivente. Aveva provato a fare denuncia, ma il comando era chiuso e non lo aveva fatto."; "la teste confermava, quindi, seppur con termini diversi, le osservazioni della dott.ssa M., sostenendo che le esperienze di maltrattamento subite avevano condizionato tutte le reazioni, sia attive che passive, della M., considerazione che, anche a suo avviso, non poteva dirsi contraddetta né dal fatto che avesse avuto il modo di sottrarsi altrimenti alla relazione altamente disfunzionale con R."* Al di là dell'esito processuale cui è pervenuta la Corte, è interessante notare come gli stralci di sentenza sopra riportati, basandosi sulle testimonianze rese dagli psicologi e dal personale medico che è entrato in contatto con la donna, fanno sostanziale riferimento alla BWS (seppur solo indirettamente, in quanto nel testo della pronuncia tale teoria non è mai stata chiamata direttamente in causa), richiamando uno dei due concetti fondamentali su cui la tesi s'impenna, ovvero la impotenza appresa. Ciò a dimostrazione di come le tesi elaborate dalla Walker possano trovare ingresso anche nel processo penale italiano, senza trovare che il divieto posto dall'articolo 210 comma 2 c.p.p. diventi un ostacolo insormontabile.

²⁷² Sul punto di rimanda a LOVELESS, *Domestic Violence* cit., 101 ss.

2.10 Aspetti critici connessi alla teoria della Battered Woman Syndrome

Nonostante l'ampio ricorso alla BWS soprattutto da parte dei difensori delle *battered woman*, l'entusiasmo iniziale con cui sono state salutate le tesi elaborate dalla Walker si è spento ben presto, lasciando spazio alle critiche²⁷³.

Diversi sono i profili della BWS su cui si è concentrata l'attenzione degli interpreti.

Innanzitutto, è stato osservato come la teoria della Walker sia affetta da un vero e proprio vizio logico, in quanto non riesce a spiegare il motivo per cui la *battered woman*, ad un certo punto della relazione con il *batterer*, decide di “destarsi dal torpore” in cui l'impotenza appresa l'aveva costretta e di reagire contro il proprio carnefice.

È del tutto evidente come la reazione difensiva intrapresa dalla *battered woman* entri in rotta di collisione con uno dei pilastri attorno cui è stata edificata la BWS, la impotenza appresa appunto²⁷⁴.

Un altro aspetto della BWS su cui si sono appuntate le critiche degli interpreti riguarda gli effetti di vittimizzazione secondaria²⁷⁵ cui essa conduce, con conseguente perpetuazione di quegli stereotipi di genere che, invece, si vorrebbero combattere. Infatti, anziché far emergere gli aspetti di razionalità che pur si annidano (almeno secondo l'opinione espressa dalla letteratura femminista anglo-americana) nella condotta tenuta dalla *battered woman*, la BSW, puntando sul concetto di impotenza appresa e sulle devastanti conseguenze psicologiche che si verificano nella psiche di

²⁷³ Per un approfondito esame in chiave critica della BWS si veda SCHNEIDER, *Describing and changing: Women's self defense work and the problem of expert testimony on battering in women's rights law reporter*, 1986, 195 ss.

²⁷⁴ Particolarmente efficaci sono i rilievi critici mossi da FAIGMAN, *The battered woman syndrome and self-defense: a legal and empirical dissent* in *Virginia L. Rev.*, 1986, 64. Nello stesso senso COUGHLIN, *Excusing women* in *California L. Rev.*, 1994, 81 che sottolinea come anche negli esperimenti di Seligman non vi sia traccia di alcuna reazione violenta da parte dei cani onde sottrarsi alla somministrazione delle scosse; SCHNEIDER, *Describing and changing* cit., 211.

²⁷⁵ Va osservato come il rischio di vittimizzazione secondaria sia tenuto in debita considerazione già nella citata fondamentale sentenza LAVALEE. In tale pronuncia, infatti, era stato messo in luce come l'eccessivo attaccamento al requisito dell'impotenza appresa remasse nella direzione opposta rispetto alla comprensione del fenomeno della violenza domestica, poiché ciò portava inevitabilmente a concentrarsi sul profilo psicologico della donna, sul suo passato, sulla sua storia di ripetuti abusi, trascurando del tutto, invece, la ragionevolezza della sua condotta. Invero, il dato fondamentale da porre in risalto concerne il differente modo di percepire e di reagire al pericolo proprio delle donne; nonostante lo scopo perseguito dai fautori della BWS vada in tale direzione, tuttavia, ponendo l'accento sull'impotenza appresa, sulla condizione di passività e di paralisi in cui versano le vittime di abusi domestici si ottiene solo l'effetto di allontanarsi dall'obiettivo, creando le premesse per una mera clinicizzazione del problema.

quest'ultima, sembra individuare la genesi dell'azione omicidiaria nel difetto di capacità d'intendere e di volere dell'imputata²⁷⁶. Del resto, l'utilizzo stesso del termine *syndrome* sembra suggerire l'accostamento delle condizioni in cui versano le *battered women* ai casi di vizio (totale o parziale) di mente, tradendo sul nascere ogni sforzo di attrarre la BSW nell'ambito della ragionevolezza²⁷⁷.

Secondo il modello elaborato dalla Walker, infatti, la *battered woman* reagisce sempre in maniera passiva alle violenze e si presenta come debole e indifesa di fronte alla brutalità degli attacchi, fisici e psicologici, a cui il *batterer* la sottopone. Ogni deviazione da tale modello (e quindi in tutti quei casi in cui l'imputata abbia reagito ai maltrattamenti, cercando di opporvisi, ad esempio, invocando l'intervento delle forze dell'ordine, di parenti e conoscenti oppure rivolgendosi a strutture a e personale specializzato) comporterebbe, dunque, l'impossibilità di ricondurre la condotta della donna entro il perimetro della *self-defense*. Gli aspetti negativi connessi a tale impostazione sono ritenuti a tal punto distorsivi dalla dottrina femminista che è stato sottolineato come, paradossalmente, nei processi in cui non sia stata ammessa la testimonianza dell'*expert testimony* e, dunque, non sia stata applicata la BWS, la Corte abbia spostato la propria attenzione dalla storia dei passati abusi subiti dall'imputata alla valutazione degli aspetti di ragionevolezza insiti nella condotta tenuta da quest'ultima²⁷⁸.

²⁷⁶ SCHNEIDER, *Describing and changing cit.*, 198-199. Nello stesso senso DRESSLER, *Battered Women and sleeping abusers: some reflections in Ohio State Journal of criminal law*, 2006, 464: "*BWS evidence essentially converts the battered woman's claim from the justification of self-defense to a mental incapacity defense, such as insanity or diminished capacity*"; BRADFIELD, *Women who kill: lack of intent and diminished responsibility as other defenses to spousal Homicide in Current issues in criminal justice*, 2001, 143 ss., ed in particolare 150 ("*The use of BWS was a strategy directed towards assisting women access the rational defenses of provocation and self defense. despite its laudable aim of making domestic violence visible as serious violence... and to provide a contex in which the reasonableness of the woman's actions may be fairly assessed, BSW evidence has been extensively cricised. The syndromisation of a battered woman's responses to domestic violence renders her experiences explicable only in terms of abnormal psychology [...] the woman is trasformed into a passive victim of her dysfunctional personality*").

²⁷⁷ SCHNEIDER, *Describing and changing cit.*, 207: "... the term battered woman syndrome has been heard to communicate an implicit but powerful view that battered women are all the same, that they are suffering from a psychological disability and that this disability prevents them from acting normally".

²⁷⁸ SCHNEIDER, *Describing and changing cit.*, nota n. 105 p. 211. Sulla questione particolarmente efficaci sono le osservazioni svolte da DOYLE, *Gender inequality in the law: Definciencies of battered woman Syndrome and a new solution to closing the Gender Gap in self-defense law in CMC Senior Theses. Paper 149*, 36: "*Only women who strictly fit the framework of BWS can argue self-defense really. Women who show independence are punished, while women passive are given an excuse. In a woman*

Va, peraltro, rilevato che proprio la possibilità di racchiudere in un unico modello tutte le esperienze vissute dalla *battered women* ha costituito oggetto di ferma opposizione da parte della dottrina più attenta, la quale ha in proposito sottolineato la totale carenza di un solido fondamento scientifico della BWS²⁷⁹.

kills but has stood up to her husband in the past does not meet the standard of BWS, and will be found responsible despite the violence she endured. Those who are passive may use the pathology excuse and get out their crimes. This reinforces the idea that women should remain subordinated by their husbands". Sull'argomento si veda anche CROCKER, *The meaning of equality for battered women who kill men in self-defense* in *Harvard Women's Law Journal*, 1985, nota n. 5 p. 144-145

²⁷⁹ È interessante quanto osservato da MESSINA, *I nuovi orizzonti della prova (neuro)scientifica nel giudizio sulla imputabilità* in *Riv. it. medicina legale*, 2012, 251 ss. nota n. 24 sul fatto che, recentemente, la BWS ha costituito oggetto di un'analisi in chiave neurobiologica (analisi che, dunque sarebbe, potenzialmente, in grado di dimostrare l'incidenza della BWS sulla capacità d'intendere e di volere dell'imputata, anche se ciò, a dire il vero, non ha costituito il primario obiettivo avuto di mira dall'autore, il quale ha, invece, inteso solamente fornire una più solida spiegazione scientifica della condotta tenuta dalle *battered women* accusate dell'omicidio del *batterer*). Il riferimento è al lavoro svolto da MESZAROS, *Achieving Peace of Mind: the Benefits of Neurobiological Evidence for Battered Women Defendants* in *Yale J.L. & Feminism*, 2011, vol. 13, 101 ss. L'A., al fine di superare gli ostacoli connessi ai limiti oggettivi della BWS e di ottenere un suo efficace impiego processuale, propone di conferire rilievo alla pregressa storia di maltrattamenti subiti dall'imputata, anziché tramite il sapere dell'*expert testimony*, attraverso l'analisi delle tracce neurobiologiche lasciate a livello encefalico da tali abusi. Una seconda via che, secondo l'A., ha il pregio di evitare, da una parte, la stigmatizzazione delle donne, ovvero di c.d. vittimizzazione secondaria, e, dall'altro, di fornire alla BWS un sostegno scientifico molto più solido rispetto a quello che l'impiego di scienze più deboli, come la psicologia e la sociologia, sono in grado di garantire. In altre parole, l'obiettivo dell'A. è quello di aggiornare la BWS, dotandola di un substrato scientifico-empirico inattaccabile, capace di confrontarsi con gli elevati *standard* probatori richiesti nel processo penale, specie con riferimento alla valutazione della capacità d'intendere e di volere.

Nello specifico, pur senza addentrarsi in aspetti troppo tecnici dello studio, si osserva come l'A. abbia sostenuto la propria tesi (ovvero, l'esistenza di un nesso tra i maltrattamenti subiti dalle *battered women* e alcune modificazioni a livello cerebrale osservabili in queste ultime) facendo riferimento ad alcune ricerche condotte su atleti di diverse discipline sportive. In tali studi era stato dimostrato come i continui traumi a cui gli atleti venivano sottoposti (commozione celebrale, ematomi subdurali ed epidurali, traumi questi tutti rilevati tramite TAC) erano alla base della comparsa nei medesimi di disturbi comportamentali e cognitivi che, in particolare, ne avevano aumentato il livello di aggressività. Poiché in molte donne maltrattate sono stati riscontrati analoghi traumi a livello cerebrale, ecco che, secondo l'A., può finalmente dirsi raggiunta una valida spiegazione, in chiave scientifica, dell'azione omicidiaria posta in essere dalla *battered woman*.

Ad ulteriore sostegno della propria tesi, l'A. ha anche richiamato degli studi in cui è stato verificato a livello sperimentale come una prolungata esposizione a situazioni stressanti paralizzi la capacità del soggetto di reagire in tale contesto: gli ormoni rilasciati dal cervello in situazioni stressanti, se in circolo per un lasso temporale eccessivo, provocano una lesione della struttura neuronale presente nella corteccia frontale dell'individuo, determinando, di contro, un ampliamento di quella presente a livello dell'amigdala, la quale si attiva, tipicamente, nei casi in cui debbano essere fronteggiate della situazione di emergenza. Ricerche empiriche mirate condotte su donne con alle spalle un vissuto di gravi abusi (PICO-ALFONSO ET AL., *Changes in Cortisol and Dehydroepiandrosterone in Women Victims of Physical and Psychological Intimate Partner Violence*, 56 *Biological Psychiatry*, 2004, 233- 236) hanno, poi, dimostrato come, in tali casi, si sia stati riscontrati un considerevole aumento del livello di cortisolo presente nel sangue (senza che ciò si accompagni necessariamente all'esistenza di un disturbo post-traumatico da stress.) che, associato ad un parallelo aumento del DHEA (ormone steroideo responsabile della produzione di testosterone, estrogeni, progesterone e corticosterone), crea le condizioni affinché si

Infatti, costituisce un dato del tutto indimostrato²⁸⁰ che, di fronte a un episodio (o più episodi) di violenza domestica le vittime reagiscano nella medesima maniera. La letteratura scientifica e psicologica ha, infatti, in proposito evidenziato come sia vero il contrario, ovvero che ciascuna *battered woman*, di fronte ai ripetuti episodi di violenza,

verifichi un vero e proprio fenomeno dissociativo, coerente con la sintomatologia spesso volte riportata dalle donne maltrattate.

Secondo l'A., in definitiva, l'ingresso delle neuroscienze nella difesa delle donne maltrattate offrirebbe il pregio di limitare l'ampia discrezionalità dei giudici in questo ambito, dal momento che per descrivere lo stato psico-fisico in cui è maturato l'atto omicidiario non si utilizzano più concetti vaghi come quelli del controllo (del carnefice sulla vittima) e dell'impotenza appresa, ma si fa riferimento a delle precise alterazioni anatomiche che, a loro volta, determinano delle modificazioni a livello biologico sulle vittime dei maltrattamenti. In altri termini, le neuroscienze sarebbero in grado di offrire degli strumenti molto più efficaci a difesa della *battered women*, annullando (se non del tutto, quasi) il rischio che la decisione del caso concreto dipenda, di volta in volta, dalla sensibilità e delle opinioni personali del giudice e dei singoli giurati.

Tuttavia, al di là della sufficiente fondatezza scientifica di tale teoria, da quanto esposto si ritrae un'ulteriore conferma di come come la BSW, più che spiegare la ragionevolezza della condotta della *battered woman*, produca l'effetto di attirare tale condotta nell'ambito di una discussione focalizzata sulla capacità d'intendere e di volere della imputata.

²⁸⁰ DOYLE, *Gender inequality in the law* cit. 24 ss. muove una critica al metodo scientifico utilizzato dalla Walker. In particolare, è stato posto rilevato come non tutte le donne che hanno costituito il campione di riferimento per le ricerche della psicologa avevano sperimentato tutte e tre le fasi del ciclo della violenza, in quanto solo nel 65% dei casi la fase in cui la violenza raggiunge il suo culmine era stata preceduta da una fase di tensione crescente e, solo nel 58% dei casi, era stata riscontrata la presenza della c.d. fase della luna di miele (*contrition phase*). È stato, altresì, osservato come la prova empirica relativa alla coesistenza delle tre fasi di cui si compone il ciclo della violenza sia rimasta totalmente indimostrata, atteso che solo nel 38% dei casi le donne, nel corso della loro storia di maltrattamenti, hanno sperimentato le tre fasi. Altro aspetto su cui si sono appuntate le critiche dell'A. concerne il modo con cui sono state verificate le ipotesi formulate dalla Walker. Infatti, anziché lasciare completamente all'oscuro gli sperimentatori incaricati di intervistare le *battered women* sul contenuto delle tesi formulate dalla psicologa americana, questi ne sono stati messi al corrente prima di procedere all'intervista, influenzando così sia il modo di porre le domande sia la successiva analisi ed elaborazione delle risposte ricevute. In buona sostanza, viene contestata la neutralità degli sperimentatori, i quali, conoscendo in anticipo il contenuto della tesi da dimostrare, avrebbero agito in maniera prevenuta, adattando le domande e le risposte ricevute all'ipotesi formulata in partenza, la quale, di conseguenza, non potrebbe affatto dirsi verificata. (cfr. sul punto anche FAIGMAN-WRIGHT, *The battered Woman Syndrome in the Age of Science* in *Arizona L. Rev.*, 1997, 6, i quali sottolineano come la BWS sia stata creata prima ancora di venire verificata). Infine, fra le ulteriori critiche mosse alla BWS si segnalano i seguenti aspetti: tutte le sperimentatrici erano di sesso femminile con il conseguente rischio di interpretare in maniera faziosa i dati raccolti; la tecnica con cui sono state formulate le domande da porre nell'intervista non consentiva di dissimulare l'ipotesi di partenza, sicché le intervistate erano facilmente in grado di intuire l'obiettivo della ricerca e di orientare le proprie risposte in senso conforme all'obiettivo medesimo; il campione utilizzato non era rappresentativo, fondandosi su di una procedura di autoselezione - che, evidentemente, non consentiva di tener conto delle dimensioni del sommerso - e non essendo stato messo a confronto con un campione di controllo di *non battered women*; assenza di criteri oggettivi attraverso i quali interpretare ed elaborare i dati raccolti; mancanza di un qualsiasi riferimento temporale idoneo a circoscrivere quali episodi ricondurre al ciclo della violenza. Le deficienze della BWS riscontrate livello metodologico impediscono, dunque, di reputare rispettati gli *standard* individuati dalla storica sentenza *Daubert* in merito ai requisiti di cui deve essere in possesso una teoria scientifica per fare ingresso all'interno del processo penale, primo fra tutti quello relativo alla falsificabilità.

reagisce in maniera differente, a seconda del proprio carattere, del proprio vissuto, e persino, dell'epoca storica cui appartiene²⁸¹.

Quanto osservato vale anche con riferimento alla pretesa di agganciare la BWS all'interno della categoria (dai confini pressoché sconfinati) del disturbo post traumatico da stress - pretesa che si vorrebbe attuare sempre per il tramite dell'*expert testimony* - nonostante, la stessa BWS sia riconosciuta dall'Organizzazione Mondiale della Sanità²⁸² e sia catalogata quale sottocategoria del disturbo post-traumatico da stress dal *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM) -V-(2014)*.

Sul punto, è stato infatti sottolineato come le donne sottoposte a gravi episodi di violenza domestica non sempre manifestano tutti i sintomi ricompresi all'interno della categoria del disturbo post traumatico da stress e, viceversa, non sempre tutti i sintomi associati ad un vissuto di violenza domestica appaiono riconducibili alla categoria in

²⁸¹ DUTTON, *Understanding women's responses* cit., 1196 e ss. L'A. auspica una nuova definizione del concetto di BWS che tenga conto delle peculiarità e di tutte le sfaccettature caratteriali del singolo individuo: "*Thus, battered women syndrome requires a redefinition that encompasses the full spectrum of cognitive, emotional, behavioral, and physiological reactions to violence*". Sul tema si vedano anche le osservazioni svolte da LOVELESS, *R. v GAC: battered woman "syndromization"*, in *Criminal Law Review*, 2014, p. 655 ss. L'A., esaminando una sentenza in cui era stata negata l'applicazione della disciplina del costringimento fisico (*duress*) nei confronti di una imputata resasi responsabile del delitto di illecita detenzione di sostanze stupefacenti in quanto obbligata a commetterlo, dietro ripetute violenze e minacce, dal proprio convivente, ha rilevato in senso critico come la Corte (oltre a focalizzare la propria attenzione quasi ed esclusivamente sulla violenza fisica, tralasciando del tutto quella psicologica, si da giungere ad affermare che le condotte di maltrattamento non erano state di una gravità tale da integrare il parametro della BWS) abbia riposto eccessiva fiducia nel concetto di impotenza appresa.

Infatti, la ragione per cui, nel caso oggetto della citata sentenza non era stata riconosciuta l'applicazione della disciplina della *duress* in favore della imputata risiede nella circostanza che l'imputata, con la propria condotta, non aveva manifestato i sintomi tipici della *Battered Woman Syndrome*, apparendo reattiva nei confronti delle sollecitazioni provenienti dall'esterno.

L'A. critica, in particolare, l'equivalenza tra BSW e impotenza appresa, sottolineando come non vi sia affatto un rapporto di implicazione necessaria tra i due termini, alla luce delle differenti modalità di reagire di fronte alle violenze che sono state osservate nelle donne con alle spalle un vissuto di maltrattamenti intrafamiliari.

Il dato fondamentale che viene messo in risalto concerne, dunque, il differente modo di percepire e di reagire al pericolo proprio delle *battered women*, differenza che, tuttavia, ponendo l'accento sulle condizioni di impotenza appresa, di passività e di paralisi in cui versano queste ultime, non solo viene annullata, ma crea anche le premesse per una mera clinicizzazione del problema.

Sulla scorta delle considerazioni sopra svolte, l'A. auspica, dunque, una nuova concettualizzazione della BWS che porti alla elaborazione di modello meno asfittico, in grado di ricomprendere al proprio interno tutti i diversi modi di essere e di agire delle *battered women* e di superare, così, i controproducenti effetti di vittimizzazione secondaria che derivano da una iper attenzione per gli aspetti concernenti la pregressa storia di maltrattamenti e abusi subiti dall'imputata. In mancanza di una tale ri-concettualizzazione, non resterebbe che abbandonare la BWS, atteso che i danni che derivano dal suo impiego sono di gran lunga superiori rispetto ai benefici.

²⁸² WHO, *International Classification of Diseases*, in www.who.int/classifications/icd/en/.

esame, sicché il rischio al disturbo post traumatico da stress non appare in grado di fornire un reale contributo alla comprensione della condotta tenuta dalla *battered woman*, senza tener conto degli effetti che si producono sul rafforzamento degli stereotipi di genere catalogando la BWS all'interno di una vera e propria patologia²⁸³.

Ma le critiche mosse alla BWS si sono mosse anche su di un piano ancora più pervasivo che ne messo in discussione la sua utilizzabilità quale parametro interposto per condurre il giudizio sulla ragionevolezza dell'errore circa l'esistenza della *self-defense* in cui l'imputata è incorsa.

È stato, infatti, rilevato come gli aspetti su cui si concentra la BWS attengano, più che alla liceità della condotta, alla sua esigibilità, in linea, dunque, con una delle più antiche concezioni della legittima difesa: *l'excuse se defendendo*.

La *battered woman*, lungi dall'agire secondo uno schema comportamentale intellegibile da parte di un ipotetico uomo modello pensato al suo posto, agirebbe in preda al più primordiale degli istinti, quello di autoconservazione, posto che, in base al ciclo della violenza, non sperimenta mai un senso di sicurezza accanto al *batterer*, temendo sempre per la propria incolumità personale. In quest'ottica, l'uccisione dell'aguzzino verrebbe a porsi come il frutto di una tragica fatalità, senza essere sorretta da una piena e consapevole rappresentazione e volizione²⁸⁴. All'imputata, peraltro, non potrebbe essere mosso alcun rimprovero per la condotta tenuta, in quanto la particolare condizione

²⁸³ In questo senso DUTTON, *Understanding women's responses* cit., 1199, la quale sottolinea gli aspetti negativi che si otterrebbero pretendendo un rigido parallelismo tra sintomi manifestati dalla *battered woman* e quelli riconducibili al disturbo post-traumatico da stress. In questo modo, infatti, il rischio è quello di appuntare l'attenzione solo sugli aspetti clinici della vicenda, la quale, dunque, verrebbe irrimediabilmente attratta sul piano relativo alla valutazione della capacità d'intendere e di volere della imputata (*"When a battered woman's reaction to violence are framed within a clinical context, the unintended result may be that the expert witness constructs for the finder of fact an image of pathology, clinical disorder or diminished capacity when this construct may not only be accurate, but may be the opposite of what is intended"*). Viene, inoltre, sottolineato come il richiamo al disturbo post traumatico da stress non consenta di cogliere a pieno tutte quelle manifestazioni psicologiche che si verificano in presenza di una prolungata sottoposizione ad una grave forma di controllo psicologico da parte di un individuo sull'altro, classificate dagli studiosi all'interno di un'autonoma categoria, denominata DESNOS (*Disorders of Extreme Stress Not Otherwise Specified*). Sul punto va, tuttavia, osservato come nel DSM-V è stato attribuito specifico rilievo al DESNOS, in quanto è stato inserito fra la sottocategoria del disturbo post traumatico da stress.

²⁸⁴ In questo senso SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 279 con un diretto richiamo a ROSEN, *On self defense, imminence and women who kill their batterers* in *North Carolina L. Rev.*, 1993, 382-383, il quale, riferendosi all'*excuse se defendendo*, ha sottolineato il carattere del tutto impreveduto della reazione difensiva, in ragione del quale è stata riconosciuta la natura di *excuse* e non di *justification* dell'istituto.

psicologica in cui versava al momento dell'azione non solo le impediva di fuggire o di sottrarsi comunque alla relazione con il *batterer*, ma non le consentiva nemmeno di rendersi conto delle alternative a propria disposizione. Ma un tale modo di motivare l'esenzione dalla responsabilità penale in capo alla *battered woman* non risponde di certo al modo tipico di operare delle *justifications*, atteso che gli elementi che vengono valorizzati non appartengono alla dimensione oggettiva in cui si colloca la condotta di reato, bensì a quella soggettiva, inerente la personalità dell'autore del fatto, con tutte le conseguenze che ne derivano, tra cui, *in primis*, l'impossibilità di estensione ad eventuali concorrenti nel reato²⁸⁵.

Una parte della dottrina ha persino osservato come, al di là delle ipocrisie che circondano il tema, la BWS mira più che altro a sottrarre l'imputata dalle conseguenze penali della propria azione omicidiaria per una sorta di compassione provata nei suoi riguardi, alla quale fa da specchio un sentimento di "antipatia" verso il *batterer*²⁸⁶, così

²⁸⁵ SCHNEIDER, *Describing and Changing*. cit., 215. Evidentemente la disciplina delle cause di giustificazione e delle scusanti è analoga a quella prevista dall'articolo 119 del nostro codice penale, ove viene prevista l'estensione, in favore di tutti i concorrenti nel reato, delle cause oggettive di esclusione della pena, fra cui, appunto, le cause di giustificazione, mentre, di contro, l'applicazione delle circostanze soggettive di esclusione della pena viene limitata nei confronti del soggetto cui le medesime si riferiscono. La suddetta disciplina si spiega facilmente se si considera che le cause di giustificazione (o le *justifications*) si fondano sulla liceità della condotta, ovvero sulla sua approvazione a livello socio-giuridico, a differenza delle scusanti che, invece, non incidono sulla valutazione in ordine alla riprovevolezza della condotta tenuta dal soggetto agente, ma si basano unicamente sull'impossibilità di muovere un rimprovero personale nei confronti di quest'ultimo, in considerazione di tutte le circostanze del caso concreto che non avrebbero reso esigibile, da parte sua, un diverso comportamento (nello specifico, rispettoso della norma penale violata).

²⁸⁶ DRESSLER, *Feminist (or "Feminist") reform of self-defense: some critical reflections in Marquette L. Rev.*, 2010, vol. 93, articolo n. 42, § V, in cui viene sottolineato come, spesso, le vicende di cui sono protagoniste le *battered women* vengono giudicate, più che attraverso una rigorosa applicazione delle norme giuridiche, tramite l'impiego di una vera e propria componente emotiva, la quale porta a ritenere il *batterer* non meritevole ("he doesn't deserve to live") di vivere, in virtù dei gravi episodi maltrattamento di cui si è reso colpevole nei confronti dell'imputata. Le considerazioni svolte dall'A. si inseriscono all'interno di una più ampia discussione tesa a verificare l'opportunità di eliminare il requisito della imminenza (del pericolo) dalla struttura della *self-defense*, sì da rendere la *justification* maggiormente accessibile anche da parte delle donne. L'A., proprio argomentando sul valore che deve continuare ad essere riconosciuto alla vita umana da parte dell'ordinamento, si dichiara contraria ad una riforma in tal senso della *self-defense*, in quanto, ciò comporterebbe un sacrificio eccessivo degli interessi dell'aggressore, in questo caso del *batterer*, ampliando il numero dei casi in cui viene legittimato l'uso della forza letale. Particolarmente efficaci sono anche le considerazioni svolte da BRADFIELD, *Women who kill* cit., 148 ss., 155-156, la quale parla in proposito di "*defacto defence of domestic violence*", evidenziando come la BWS attribuisca rilievo a delle circostanze che impediscono - almeno secondo il senso comune - di assimilare la figura della *battered woman* a quella di un qualunque omicida.

stroncando sul nascere ogni tentativo di incanalare la discussione sulla condotta dalla *battered woman* sul terreno della ragionevolezza.

Alla luce delle numerose criticità riscontrate, la moderna dottrina femminista propone di abbandonare l'ottica in cui muove la BWS (troppo incenerata, come visto, sulla descrizione delle violenze e degli abusi subiti dalla *battered woman*) e di adottare, invece, un angolo visuale che, per spiegare il contesto in cui è maturata l'azione omicidiaria, tenga soprattutto conto degli aspetti sociali e culturali del fenomeno della violenza di genere, ponendo l'accento sulle connesse responsabilità dello Stato, il quale non sempre si è mostrato in grado di cogliere la reale complessità del problema e di adottare gli opportuni rimedi. Si reputa, infatti, che solo percorrendo tale via divenga possibile valutare la condotta dalla *battered woman* dal punto di vista della sua ragionevolezza, posto che il punto fermo da cui partire non sarebbe più rappresentato dall'*insanity*, o meglio, dallo *status* psicologico alterato dell'imputata, ma dalla sua piena capacità di libera autodeterminazione²⁸⁷.

Peraltro, è stato anche evidenziato come l'attuazione pratica di siffatto cambiamento di rotta non desti particolari problemi, in quanto, a questo scopo, potrebbe continuare ad essere utilizzato *l'expert testimony*, anche se, in tal caso, il suo sapere dovrà essere focalizzato unicamente sul contesto sociale in cui s'inserisce la condotta tenuta dalla *battered woman*, tralasciando la storia dei pregressi maltrattamenti e le conseguenze (di ordine psicologico) che ne sono derivate²⁸⁸.

²⁸⁷ SCHENEIDER, *Describing and changing* cit., 221 ss. L'A. in realtà, lungi dal porre nel nulla le elaborazioni sorte intorno alla BWS, propone semplicemente una rilettura dei risultati, alla luce del contesto sociale di riferimento. In particolare, l'impotenza appresa sviluppata da una parte delle *battered women* non deve essere considerata solamente come la manifestazione di un atteggiamento di passività assunto di fronte agli episodi di maltrattamento, ma deve essere valutata in termini positivi, come vera e propria forma di *agere*, rappresentando, in concreto, il modo sperimentato dalle *battered* per sopravvivere dinnanzi alla abitudine ed alla brutalità delle violenze. Nello stesso senso, fra i numerosi autori che si sono occupati dell'argomento: WIMBERLY, *Defending victims of domestic violence who kill their batterers: using the trial expert to change social norms* in <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/domviol>, 2 ss. e, in particolare, p. 15 ("Instead of focusing on the victim-defendant's personal syndrome to explain her actions, expert testimony should instead focus on exposing the social norms and failings of local governments that have created this situation of necessity". L'A., pur prendendo atto di tutti i limiti connessi alla BWS, ne riconosce comunque l'utilità, rappresentando l'unico metodo giuridicamente riconosciuto che consente all'esperienza della *battered woman* di penetrare all'interno delle aule di giustizia.); DOYLE, *Gender inequality in the law* cit., 48 ss.; DUTTON, *Understanding women's responses* cit., 1231 ss.

²⁸⁸ Cfr. per tutti WIMBERLY, *Defending victims of domestic violence* cit., 15 ss.

CAPITOLO 3:

l'applicabilità dell'attenuante della provocazione e osservazioni conclusive.

3.1 L'attenuante della provocazione: requisiti costitutivi e ambito di applicazione - 3.2 Il nesso tra fatto ingiusto e reazione del provocato - 3.3 Individuazione del fondamento dell'attenuante della provocazione - 3.4 La c.d. reazione per accumulo - 3.5 L'applicazione della provocazione alle donne imputate dell'uccisione del loro carnefice nella giurisprudenza italiana - 3.6 Individuazione delle possibili soluzioni per la risoluzione dei casi che costituiscono l'obiettivo della presente ricerca: *de iure condendo* - 3.7 Individuazione delle possibili soluzioni per la risoluzione dei casi che costituiscono l'obiettivo della presente ricerca: *de iure condito*

3.1 L'attenuante della provocazione: requisiti costitutivi e ambito di applicazione.

Dopo aver esaminato la possibilità di applicare la legittima difesa e la legittima difesa putativa alle ipotesi al centro della presente ricerca, nella prima parte di questo capitolo verrà analizzata l'attenuante²⁸⁹ della provocazione²⁹⁰, allo scopo di verificare se la medesima possa venire in rilievo in dette ipotesi.

L'attenuante della provocazione è disciplinata dall'articolo 62 n. 2 c.p., norma che ricollega al fatto di *“aver reagito in stato d'ira, determinato da un fatto ingiusto altrui”* una diminuzione della pena in concreto irrogabile sino ad un terzo.

La dottrina che si è occupata della circostanza in esame ha sottolineato come essa risulti strutturata attorno a due elementi, uno di natura soggettiva e l'altro di natura oggettiva.

Il primo di tali elementi è rappresentato dallo stato d'ira, ovvero da un *“impulso emotivo incontenibile che provoca nell'agente la perdita dei poteri di autocontrollo”*²⁹¹, da non

²⁸⁹ L'inquadramento di tale circostanza tra quelle che determinano una diminuzione della pena non è sempre stata pacifica in passato, in particolare, sotto il vigore delle precedenti codificazioni. In particolare, si consideri che nel codice penale Zanardelli la provocazione non figurava quale circostanza attenuante di parte generale, ma quale causa di esclusione o di attenuazione della imputabilità, mentre solo in ipotesi speciali (come per l'ingiuria e la diffamazione) la sua presenza determinava una riduzione della pena irroganda. Per un breve ma esaustivo *excursus* storico sulla provocazione si rimanda a MARCONI, (voce) *Provocazione* in *Enc. Dir.*, XXXVII, 1988, 817.

²⁹⁰ In realtà il codice per descrivere la circostanza generale *de qua* non utilizza l'espressione “provocazione”, la quale compare solo in due norme del codice: l'abrogato articolo 401 (provocazione al duello per fini di lucro) e l'articolo 599 c.p. (ritorsione e provocazione). Peraltro, in entrambe le ipotesi la provocazione esplica una funzione ben diversa rispetto a quella svolta dall'articolo 62 n. 2. c.p.: nel caso di cui all'articolo 401 c.p., la provocazione determina, *rectius*, determinava, un mutamento del titolo di reato (in particolare, la presenza del fine di lucro faceva scattare l'applicazione delle norme in tema di estorsione), mentre nel caso di cui all'articolo 599 c.p., la medesima comporta l'esclusione *tout court* della pena e non già solo la sua diminuzione. Nonostante ciò, come sottolinea MARCONI, (voce) *Provocazione* cit. 820, in dottrina l'attenuante della provocazione continua ad essere utilizzata per riferirsi alla circostanza cui all'art. 62 n. c.p.: *“l'espressione in oggetto (la provocazione N.D.T.) cristallizza e compendia il significato figurato complessivo del traslato definitorio racchiuso nell'art. 62 n. 2 c.p.: è infatti riconosciuta per antonomasia come provocazione la diminuzione contenuta in tale disposizione, che consiste nell'aver agito in stato d'ira determinato dal fatto ingiusto altrui”*.

²⁹¹ FIANDACA- MUSCO, *Diritto penale* cit., 445. L'utilizzo dell'espressione in questione è piuttosto frequente anche nella giurisprudenza di legittima. *Ex multis* Cass. 14.11. 2013, Saieva e altri, Rv. N. 258454. In giurisprudenza, al fine di descrivere la condizione psicologica del soggetto agente, si è fatto

confondere con sentimenti quali l'odio, il rancore, il risentimento, la vendetta²⁹². Il secondo di detti elementi è, invece, costituito, dalla previa commissione di un fatto contrario, oltre che alle norme giuridiche, alle regole etiche e sociali vigenti in una determinata società e in un determinato momento storico²⁹³.

Sempre con riferimento al concetto di ingiustizia del fatto, è stato precisato, sia in dottrina²⁹⁴ che in giurisprudenza, come la relativa valutazione debba essere condotta tenendo in considerazione non solo l'ambiente ove i fatti si svolgono, ma anche le caratteristiche del soggetto provocatore e del provocato, come ad esempio la questione dell'imputabilità del primo,²⁹⁵ anche se non tutti gli autori concordano sull'automatismo

ricorso anche ad analoghe espressioni, come "*intensa eccitazione capace di alterare la funzionalità dei freni inibitori*" (Cass. 1.10.2009, Gaudino, Rv. 245666).

²⁹² PREZIOSI, *Le circostanze del reato* in (a cura di) CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA) *Trattato di diritto penale, P.te generale*, II, 2013, 871. In giurisprudenza, si rimanda a Cass. 14.04.2015, Manca, Rv. 263957 ("*Ai fini della configurabilità della circostanza attenuante della provocazione, lo stato d'ira, che ne è elemento costitutivo, è escluso quando la condotta è il risultato della sedimentazione nell'agente di un sentimento di vendetta, pur se riconducibile ad un fatto profondamente ingiusto, e non ricorre fatto nuovo, intervenuto in prossimità della commissione del reato*"); Cass. 20.06.1997, Bonaiuto, Rv. 208259 ("*Ai fini della applicabilità dell'attenuante della provocazione, uno stato d'animo caratterizzato da odio e rancore non è sufficiente ad integrare lo stato d'ira che l'art. 62 n. 2 del codice penale prevede quale elemento costitutivo dell'attenuante stessa*"); Cass. 22.02.1988, Verneti, Rv. 178820, Riv. pen., 1989, 150 ss. ("*Ai fini della configurabilità della circostanza attenuante della provocazione, non è richiesta l'immediatezza della reazione rispetto al fatto provocatorio, poiché la legge fa riferimento allo stato d'ira, che può durare anche nel tempo, purché quello stato ancora sussista ovvero subentri o si risvegli in conseguenza di un avvenimento collegabile al precedente fatto ingiusto. Però lo stato d'ira, ossia uno stato di eccitazione emotiva, non può essere confuso con i differenti stati psicologici dell'odio, del risentimento, della vendetta o della ritorsione, subentrati all'originaria eccitazione emotiva*").

²⁹³ Cfr. per tutti PREZIOSI, *Le circostanze del reato* cit., 871. In senso contrario si veda tuttavia, MARINI, *il fatto ingiusto nella provocazione* in Riv. it. dir. pen., 1961, 806, il quale sostiene che l'ingiustizia del fatto debba essere apprezzata solo con riferimento alla violazione delle norme aventi carattere giuridico, atteso che l'espressione contenuta nell'art. 62 n. 2 c.p. deve essere intesa come sinonimo di fatto commesso *sine iure*.

²⁹⁴ Cfr. MARINUCCI-DOLICINI, *Codice penale commentato* cit., 1129 ove viene sottolineata l'importanza di tenere in considerazione le circostanze di tempo e di luogo in cui viene posta in essere la reazione.

²⁹⁵ Su questo aspetto specifico si veda MALINVERNI, (voce) *Circostanze del reato* in *Enc. Giur.*, 1960, VII, 88, il quale sottolinea come la capacità d'intendere e di volere del provocatore sia determinante al fine del riconoscimento o meno dell'attenuante in questione, dal momento che uno stesso fatto, se posto in essere anziché da un adulto da un "pazzo" o da un minore degli anni 14, può portare ad escludere l'applicazione della circostanza di cui all'articolo 62 n. 2. c.p. nello stesso senso anche MARCONI (voce) *Provocazione* cit., 822 il quale tuttavia, specifica come tale condizione (di infermo o minore degli anni 14) debba essere conosciuta da parte del provocato, aggiungendo, poi, che nel caso in cui il fatto sia stato commesso da un minore degli anni 14 con violazione delle norme relative all'ordinato svolgimento della convivenza tra consociati, la questione si pone in termini maggiormente problematici. Evidentemente, in quest'ultimo caso, la natura della disposizione violata dal provocatore richiede una valutazione caso per caso, atteso che il suo significato, appartenendo alla dimensione sociale, è di più immediata e intuitiva comprensione (a differenza di quelle violazioni che coinvolgono la sfera del diritto

tra incapacità di intendere e di volere del soggetto agente e liceità della condotta tenuta²⁹⁶. Inoltre, è stato ritenuto irrilevante il coefficiente psicologico con cui il fatto ingiusto è stato realizzato, così come la sua finalizzazione verso la commissione di fatti offensivi²⁹⁷, posto che l'unico elemento reputato ostativo all'applicazione della circostanza in esame è rappresentato dall'impossibilità di riferire psichicamente il fatto al suo autore, come avviene per il caso fortuito²⁹⁸.

Va ulteriormente osservato come, in armonia con la natura della provocazione - circostanza che, come visto, si concentra sul perturbamento psichico che si verifica nel soggetto agente - assumono rilievo non solo le condotte in senso stretto poste in essere dal provocatore (come violenze, minacce), ma anche meri "atteggiamenti esteriori", come ad esempio manifestazioni di disprezzo, scritti, gesti, omissioni, essendo identica la loro capacità provocatoria rispetto alle prime²⁹⁹.

Ne discende, dunque, che un ampio spettro di ipotesi ricade sotto la previsione di cui all'art. 62 n. 2 c.p., sicché non è possibile passare in rassegna le varie situazioni concrete cui, di volta in volta, è stato attribuito valore attenuante della responsabilità penale.

A mero titolo esemplificativo, si segnala che è stato ricondotto alla disposizione in analisi, integrando gli estremi di un fatto ingiusto, il rifiuto ad avere rapporti sessuali opposto dalla moglie al marito³⁰⁰, mentre è stata adottata una soluzione di segno opposto per quanto concerne l'allontanamento dalla casa coniugale in violazione dell'articolo 143 c.c. da parte della moglie, in risposta a continui episodi di

e, dunque, in linea di massima, intrise di un maggior grado di tecnicismo) anche per un soggetto che non abbia raggiunto la piena maturità psichica.

²⁹⁶ Per un maggior approfondimento della problematica, si rimanda alle considerazioni svolte nel primo capitolo del presente elaborato e alla distinzione, di cui tratta GROSSO, (voce) *Legittima difesa cit.*, 41, tra capacità penale (intesa come capacità di porsi quale destinatario di un precetto penale) e capacità all'applicabilità della pena (intesa come capacità di divenire soggetto passivo rispetto all'irrogazione di una sanzione penale, in disparte ogni questione circa la sussistenza di una fattispecie di reato completa in tutti i suoi elementi): solo nella seconda ipotesi potrà essere negato il carattere di liceità della condotta tenuta dal non imputabile.

²⁹⁷ In questo senso COSTA, (voce) *Provocazione* in N. Dig. It., X, 1939, 120

²⁹⁸ MARCONI, (voce) *Provocazione cit.*, 826. In giurisprudenza si veda anche Cass. 3.4.1992, Di Bella, CED 192530: "Ai fini della sussistenza della circostanza attenuante della provocazione, il concetto di "fatto ingiusto", pur comprendendo in sé qualsiasi comportamento, internazionale o colposo, legittimo o illegittimo, purché idoneo a scatenare, l'altrui reazione, presuppone pur sempre la volontarietà dello stesso".

²⁹⁹ SANTORO, (voce) *Provocazione (Diritto penale)* in Nss Dig. It, XIV, 1967, 397

³⁰⁰ Così Cass. 19 febbraio 1971 in Cass. pen. mass. 1972, 484

maltrattamento da parte del marito³⁰¹. Ancora, è stata ritenuta applicabile l'attenuante della provocazione nei confronti di un imputato resosi responsabile di uxoricidio a fronte di continui e reiterati tradimenti, specificando come, ai fini del riconoscimento della diminuzione in questione, non sia affatto necessario che tra il fatto ingiusto e la reazione sussista una immediata contiguità temporale, dal momento che lo stato d'ira può certamente perdurare nel tempo e, inoltre, ben possono darsi taluni casi in cui un avvenimento risalente nel tempo venga richiamato alla mente da altri più recenti e ad esso collegati, così attualizzando e rafforzando il sentimento d'ira originariamente sperimentato³⁰².

Nonostante, come si è detto sopra, la provocazione comprenda al proprio interno sia elementi di natura oggettiva che soggettiva, essa è stata catalogata tra le circostanze soggettive inerenti alla persona del colpevole, con conseguente impossibilità, ex art. 119 c.p.³⁰³; ne consegue, che in base alla disciplina tracciata dalla citata disposizione, la provocazione può trovare applicazione unicamente nei confronti della persona cui si riferisce, con conseguente impossibilità di estensione nei confronti di eventuali concorrenti nel reato.

Del resto, il peso della componente soggettiva all'interno della struttura della provocazione non potrebbe portare ad una diversa soluzione, atteso che, nell'economia dell'attenuante, il verificarsi del perturbamento psichico in cui consiste lo stato d'ira

³⁰¹ Così Corte di Cassazione di Appello di Bologna 28 maggio 1969 in Crit. Pen., 1970, 41. Con riferimento alla condotta maltrattante e screditante posta in essere da un marito nei confronti della moglie tale da integrare gli estremi del fatto ingiusto, si veda anche Cass. 16 dicembre 1987, Montella, R. 177868. Sullo stesso solco delle citate pronunce si pone anche Cass. 27 settembre 1976, D'amore, Rv. 135498 in cui è stata esclusa la provocazione nei confronti del marito che aveva cagionato una lesione personale nei confronti della moglie, allegando la circostanza che ciò era avvenuto in risposta alla volontà, manifestata dalla seconda, di volersi separare, atteso che nel corso dell'istruttoria era emerso come tale decisione fosse maturata in seguito a ripetuti episodi di violenza e prevaricazione di cui l'imputato si era reso responsabile nei suoi confronti.

³⁰² Cfr. Cass. 12 marzo 1991, Bonetti, Rv. 187650 in Riv. pen. 1991, 1061 ss., ove si è statuito che: *"l'acquiescenza dell'agente ad una pluralità di fatti, oggettivamente ingiusti perché contrari a norme etiche o giuridiche o di costume ovvero alle regole della convivenza sociale generalmente accettate, non esclude la sussistenza dello stato d'ira né sul piano psichico né su quello giuridico, qualora la vittima ponga in essere un nuovo ed ulteriore comportamento ingiusto che, ricollegandosi a quelli precedenti per il nesso di derivazione psicologica che li avvince, scatena nell'offeso un moto irrefrenabile e ne determini la reazione violenta. (Nella fattispecie, in tema di uxoricidio, è stata riconosciuta l'attenuante della provocazione - in un contesto di ripetute infedeltà della moglie con altri uomini e di convegni con l'amante anche nella casa coniugale in assenza del marito - nella improvvisa decisione della donna di chiedere la separazione e abbandonare il tetto domestico, portando con sé il figlio di due anni)"*.

³⁰³ Cfr., per tutti, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale* cit., 444.

costituisce un momento fondamentale, in mancanza del quale non si giustificerebbe lo “sconto” di pena.

In linea con le considerazioni appena svolte, si è soliti escludere l'applicazione della diminuzione in esame in tutti in quei casi in cui la reazione sia posta in essere da parte di un soggetto diverso rispetto al provocato.

Peraltro, è appena il caso di osservare che, diversamente opinando (ovvero riconoscendo la provocazione anche in favore di chi non sia stato provocato), verrebbe attribuito rilievo positivo - attraverso la concessione di una diminuzione della pena - ad un atto con cui il privato, in buona sostanza, si arroga il potere di punire il fatto ingiusto commesso da un altro consociato, con tutti gli inconvenienti che ne derivano (molti dei quali sono stati illustrati nel primo capitolo, quando si sono esaminate le teorie individualistiche della legittima difesa)³⁰⁴. Tuttavia, se ciò è valido in linea di principio, in alcuni casi particolari è stata comunque ammessa l'operatività della provocazione: ci si riferisce, nello specifico, all'ipotesi in cui a reagire sia un individuo legato da un vincolo di parentela o di coniugio o altro tipo (purché moralmente e socialmente apprezzabile) al destinatario della provocazione, di modo che, in virtù di tale vincolo, possa dirsi che egli abbia percepito come diretta a sé medesimo la provocazione³⁰⁵.

Per quanto concerne, invece, l'ipotesi inversa, ovvero la possibilità di riconoscere la provocazione anche nel caso in cui la reazione sia diretta nei confronti di un soggetto diverso dal provocatore, secondo alcuni autori, maggiormente propensi a riconoscere all'attenuante un più esteso ambito di applicazione, occorre rispondere positivamente al quesito qualora risulti - in astratto - che tra il provocatore ed il terzo intercorra un legame di parentela o di amicizia, tale da denotare l'esistenza tra gli stessi di una forma di “solidarietà passiva”³⁰⁶; secondo altri autori, invece, l'operatività dell'attenuante

³⁰⁴ MARCONI, (voce) *Provocazione* cit., 823. Considerazioni analoghe sono state espresse anche da parte dei giudici di legittimità (cfr. Cass. 12 agosto 1986 in *Riv. pen.*, 1986, 964).

³⁰⁵ MALINVERNI, (voce) *Circostanze del reato.*, 88; In senso conforme si veda anche MANTOVANI, *Diritto penale* cit., 403; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, 2004, vol. I, 673.

³⁰⁶ Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale* cit., 395; MANTOVANI, *Loc. ult. cit.* Anche in giurisprudenza è stata riconosciuta in tal caso la provocazione (cfr. per tutti Cass. 9 ottobre 2002, Como e altri, Rv. 222322 che rigetta App. Milano 24.10.2001: “Al fine di ritenere configurabile la circostanza attenuante della provocazione nell'ipotesi di reazione del soggetto provocato diretta contro persona diversa dal provocatore, occorre che la vittima sia legata al provocatore da un rapporto che renda plausibile la reazione nei suoi confronti e, quindi, è necessaria, se non una sua compartecipazione nel fatto provocatorio, almeno la sussistenza di rapporti giuridicamente o moralmente apprezzabili - come

dovrebbe essere sempre esclusa tutte le volte cui non vi sia coincidenza tra colui che percepisce la commissione del fatto ingiusto e colui che reagisce³⁰⁷. Vi è infine una posizione mediana, secondo cui, in presenza dei legami cui si è fatto riferimento, per applicare la diminuzione de qua occorre accertare che, in concreto, vi sia stata una partecipazione solidaristica del terzo al fatto ingiusto del provocatore³⁰⁸.

Altro aspetto su cui è necessario indagare onde riconoscere l'applicazione della circostanza in questione è costituito dalla percezione, da parte del provocato, dell'ingiustizia del fatto realizzato dal provocatore.

Invero, in mancanza di siffatta percezione, risulterebbe difficile spiegare la ragione per la quale all'autore del fatto di reato verrebbe comunque concesso uno sconto di pena, con il rischio di incentivare condotte di mera aggressività ed impulsività³⁰⁹.

Ci si è interrogati se la diminuzione di pena conseguente al riconoscimento della provocazione possa essere applicata anche nel caso in cui il fatto contro cui si reagisce non sia obiettivamente ingiusto, ma lo sia solo nella mente del soggetto agente. In altre parole, ci si è domandati se sia ammissibile una provocazione putativa.

L'opinione maggioritaria tanto in dottrina quanto in giurisprudenza è nel senso di escludere la rilevanza della putatività, in ossequio al disposto del comma 3 dell'articolo 59 c.p. che impone di non tenere conto sia delle aggravanti sia delle attenuanti ritenute erroneamente esistenti da parte dell'agente³¹⁰, anche se non sono mancate voci di segno

quelli di parentela o di solidarietà - tra il provocatore e la vittima stessa, così che sussista un nesso causale tra il fatto del provocatore, i rapporti tra costui e il terzo e la reazione dell'agente nei confronti di quest'ultimo").

³⁰⁷ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2006, 492, i quali, ai fini dell'applicazione dell'articolo 62 n. 2 c.p., richiedono che tra provocatore e provocato vi sia un rapporto diretto. Tale soluzione ha trovato eco anche in giurisprudenza (Cass. 15 maggio 1985, Grottoli in *Cass. pen.*, 1980, 1752) ove è stato appunto esclusa l'attenuante della provazione in un caso analogo a quello in esame.

³⁰⁸ MARCONI, *loc. ult. cit.* In giurisprudenza si veda Cass. 28 ottobre 1977, Sgarlata, in *Giust. Pen.*, 1979, 667; Cass. 7 ottobre 1986, Porreca in *Cass. pen.*, 1988, 594 ove si fa riferimento alla circostanza che il terzo abbia in qualche modo partecipato, agevolandolo, alla commissione del fatto ingiusto, di modo che egli costituisca un "un'unica parte antagonista" assieme al provocatore.

³⁰⁹ Il punto è sottolineato da MARCONI, (voce) *Provocazione* cit., 823, secondo cui: "in ogni caso, alla determinazione volitiva che sorregge la condotta ab irato [...] non può essere estraneo un momento psicologico-valutativo che si sostanzia nella percezione del carattere di ingiustizia dell'altrui comportamento. Infatti, in mancanza di tale atto cognitivo, l'illecito reattivo costituirebbe (mera) emanazione di un temperamento perverso ed esageratamente impulsivo, alle cui manifestazioni il preteso fatto provocatorio potrebbe servire unicamente da pretesto o occasione".

³¹⁰ Cfr. LATTANZI-LUPO *sub*. 62 art. in (a cura di CAPUTO-GIZZI-IADECOLA-MADIA-NAPPI), *Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, III, 2010, 113. Di recente in giurisprudenza si segnala Cass. 20

contrario. In particolare, una parte minoritaria della dottrina³¹¹, muovendo dalla premessa che chi ha commesso un reato nello stato d'ira ingenerato dall'erronea percezione di un altrui fatto ingiusto dimostra comunque una minore pericolosità sociale, ha concluso nel senso di reputare anche tale ipotesi meritevole della concessione della diminuzione di pena.

Si consideri, inoltre, che l'errore sulla situazione che dà luogo alla provocazione può ricadere, oltre che sull'ingiustizia del fatto, anche sulla persona contro cui avviene la reazione *ab irato*.

Dell'ipotesi in cui ciò avvenga intenzionalmente si è detto sopra, mentre qui ci si occupa esclusivamente del caso in cui la condotta di reato venga posta in essere nei confronti di un soggetto diverso dal provocatore per un errore di percezione o di esecuzione dovuto a colpa.

Nel primo caso, che si risolve in definitiva in un *error in persona*, viene generalmente ammessa l'applicabilità della disciplina di cui all'articolo 60 c.p., con la conseguenza che le circostanze attenuanti erroneamente supposte inerenti i rapporti tra provocatore e provocato, tra cui rientra certamente la provocazione, sono comunque valutate in favore dell'agente³¹². Nel secondo caso in cui, invece, l'errore si verifica durante la fase dell'esecuzione della condotta di reato, a venire in rilievo è la disciplina dell'*aberratio ictus* ex art 82 c.p., norma che, a sua volta, richiama l'articolo 60 c.p.; pertanto, anche in detta ipotesi l'errore in cui è incorso l'autore del fatto viene valutato in suo favore, comportando una diminuzione della pena in concreto irrogata sino ad 1/3³¹³.

giugno 2017 Rv. 270789 ove è stato statuito che “a differenza dell'attenuante della provocazione prevista dall'art. 62 n. 2 cod. pen., che rileva solo obiettivamente, la causa di non punibilità della provocazione di cui all'art. 599. cod. pen., prevista per i reati di ingiuria e di diffamazione, può essere riconosciuta anche a livello putativo, ai sensi dell'art 59, comma 4, cod. pen”. Per quanto concerne la possibilità di applicare la disciplina della putatività alla provocazione prevista per il delitto di diffamazione, come chiarito dalla stessa pronuncia in esame, ciò dipende dal fatto che, in tale ipotesi, non opera il comma 3 dell'articolo 59 c.p., ma il comma 4 che, come noto, ammette la rilevanza della putatività per tutte le cause di esclusione della pena.

³¹¹ Così in particolare FROSALI, *Sistema* cit. 589, 641; in senso conforme MALINVERNI (*voce*) *Circostanze del reato* cit., 88

³¹² La questione è stata indagata da COLACI, *A proposito della provocazione putativa* in *Arch. Pen.*, 1966, 384 ss.

³¹³ MARCONI, (*voce*) *Provocazione* cit., 825.

3.2 Il nesso tra fatto ingiusto e reazione del provocato

È pacifico che tra la provocazione e il fatto di reato debba sussistere un vero e proprio rapporto di causalità psicologica, in quanto il secondo si pone in un rapporto di stretta derivazione rispetto alla prima, laddove l'elemento di congiunzione tra i due termini è rappresentato dal verificarsi di una situazione di perturbamento psichico in capo al soggetto agente.

Tuttavia, è stato precisato in dottrina che affinché detto nesso sia integrato, non occorre che la commissione del fatto ingiusto sia anche l'unica condizione, o quella prevalente che ha concorso a determinare l'insorgere dello stato d'ira, ben potendo rappresentare solo uno dei fattori concorrenti³¹⁴.

Il punto maggiormente controverso concerne, invece, la proporzione tra l'offesa ricevuta e la reazione ex articolo 62 n. 2. c.p., in quanto si discute, se analogamente alla legittima difesa e allo stato di necessità, la seconda, onde beneficiare dello sconto di pena, debba essere in un rapporto di adeguatezza rispetto alla prima.

Una parte della dottrina rileva che, nonostante il testo della norma non faccia alcun riferimento al concetto di proporzionalità, nondimeno esso deve ritenersi insito nella formulazione della norma stessa, in quanto, diversamente opinando, si giungerebbe all'assurdo di valutare positivamente un comportamento dettato da un'incapacità di fondo del soggetto agente di controllare i propri impulsi criminosi; a ben vedere, dunque, in tal caso, l'autore del fatto illecito dimostrerebbe una maggiore pericolosità sociale, del tutto incompatibile con l'applicazione della circostanze attenuante, la quale presuppone una situazione esattamente opposta³¹⁵.

Altra parte degli interpreti, invece, osserva che, a fronte dell'inequivoco tenore letterale della disposizione in esame, l'aggiunta del requisito della proporzione è del tutto arbitraria, oltre che difficilmente conciliabile con lo status in cui si trova ad agire il provocato: quest'ultimo, infatti, proprio in ragione del torto subito, si trova in una

³¹⁴ MALINVERNI, (voce) *Circostanze del reato* cit., 91..

³¹⁵ COSTA, (voce) *Provocazione* cit., 888; FROSALI, *Sistema* cit., ROMANO, *Commentario sistematico* cit., 673; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale* cit., 445

particolare condizione psichica - senza naturalmente sfociare in una infermità ex art. 88 e 89 c.p. - che non lo rende pienamente in grado di misurare le proprie azioni, adeguandole al tipo di provocazione ricevuta³¹⁶. Sotto quest'ultimo punto di vista, le incongruenze rispetto alla legittima difesa non paiono così difficilmente superabili, atteso che, da un lato, con il definitivo superamento della vetusta tesi della coazione morale il perturbamento psichico non può certo considerarsi un elemento indefettibile della scriminante (anche se generalmente associato ad essa), dall'altro, la reazione *ab irato*, conserva intatta la propria natura illecita, tanto che ad essa consegue una semplice diminuzione di pena, in considerazione del minore allarme sociale suscitato dall'autore del fatto.

Anche in giurisprudenza non vi è unanimità di vedute sul punto e le pronunce, anche di legittimità, in cui i giudici sono stati chiamati ad applicare l'art. 62 n. 2. c.p. riportano spesso delle soluzioni non pienamente collimanti tra di loro.

Invero, in analogia alle considerazioni sopra svolte, vi sono state alcune sentenze, per il vero sporadiche, che hanno riconosciuto con maggiore facilità la provocazione, argomentando nel senso di non ritenere necessario al fine della sua integrazione il requisito della proporzione il quale, anzi, mal si concilierebbe con il contesto fattuale in cui s'inserisce la condotta tenuta dal provocatore³¹⁷.

L'orientamento maggioritario in giurisprudenza, invece, attribuisce rilevanza alla proporzionalità, anche se con motivazioni non sempre coincidenti tra loro.

³¹⁶ Così SANTORO, (voce) *Provocazione* cit., 398; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale* cit., 492 i quali definiscono addirittura come inaccettabile l'introduzione, all'interno della struttura dell'attenuante della provocazione, del requisito della proporzionalità. Nello stesso senso si veda anche PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 2003, 465.

³¹⁷ Si tratta decisioni per lo più risalenti: Cass. 3.12. 1986, Triglia, Rv. 175796 in cui è stato espressamente affermato che la proporzione, non essendo richiamata dall'articolo 62 n. 2. c.p., non rientra tra gli elementi costitutivi della provocazione. In termini sostanzialmente analoghi anche Cass. 4.10.1984, Ollosu, Rv. 165908. Ancora di recente si segnala Cass. 09.02.2012, Ndoj, Rv. 251833 (*"Ai fini della configurabilità dell'attenuante della provocazione occorrono: a) lo "stato d'ira", costituito da una situazione psicologica caratterizzata da un impulso emotivo incontenibile, che determina la perdita dei poteri di autocontrollo, generando un forte turbamento connotato da impulsi aggressivi; b) il "fatto ingiusto altrui", costituito non solo da un comportamento antigiuridico in senso stretto ma anche dall'inosservanza di norme sociali o di costume regolanti l'ordinaria, civile convivenza, per cui possono rientrarvi, oltre ai comportamenti sprezzanti o costituenti manifestazione di iattanza, anche quelli sconvenienti o, nelle particolari circostanze, inappropriati; c) un rapporto di causalità psicologica tra l'offesa e la reazione, indipendentemente dalla proporzionalità tra esse"*).

In alcune pronunce che hanno riconosciuto con maggiore ampiezza la configurabilità della provocazione si è affermato che, al fine di beneficiare della diminuzione, non è necessario verificare che vi sia stato il rispetto del principio di proporzione, atteso il suo mancato richiamo da parte della disposizione normativa; tuttavia, onde scongiurare esiti contrastanti con il senso comune, in tutti quei casi in cui, in concreto, la reazione da parte del provocato appaia totalmente eccessiva e smisurata rispetto all'offesa ricevuta, tanto che quest'ultima può essere considerata come un mero pretesto per la commissione di un fatto di reato, è stata esclusa la possibilità di configurare l'attenuante.

E' interessante sottolineare come le pronunce che hanno aderito a siffatto orientamento per giustificare l'introduzione all'interno della struttura della provocazione di un requisito non previsto dalla lettera della legge e che, dunque, ne rende più difficoltosa l'applicazione, ha adottato un vero e proprio di *escamotage*, riportando la questione, anziché al principio di proporzionalità, al nesso di causalità tra reazione e provocazione. In altre parole, aderendo a tale orientamento, qualora nel corso del processo si accerti la totale sproporzione tra provocazione e reazione, la mancata concessione dell'attenuante troverebbe spiegazione nella mancanza di un rapporto di diretta derivazione tra il fatto commesso dal provocato e quello commesso dal provocatore, in quanto l'eccessività della reazione del primo evidenzia, di per sé, come la sua scaturigine debba, in realtà, essere individuata altrove: *“La circostanza attenuante della provocazione, pur non richiedendo i requisiti di adeguatezza e proporzionalità, non sussiste ogni qualvolta la sproporzione fra il fatto ingiusto altrui ed il reato commesso sia talmente grave e macroscopica da escludere lo stato d'ira ovvero il nesso causale fra il fatto ingiusto e l'ira”*³¹⁸

³¹⁸ Così Cass. 9.01.2014, D'Ambrogi, Rv.258678. Nello stesso senso si veda Cass. 21.05 1991, Panfilì, Rv. 187288: *“Il requisito della proporzione tra fatto ingiusto e reazione non costituisce un elemento richiesto dalla legge per l'applicazione dell'attenuante della provocazione, esso può assumere rilevanza qualora l'accertata mancanza di un qualsiasi rapporto di adeguatezza e di proporzione sia tale da escludere in concreto la stessa sussistenza del nesso causale tra fatto provocatorio e reazione, sicché il primo diventa una mera occasione della seconda che trova origine e spiegazione in altre ragioni”*. In termini ancora più espliciti si veda Cass. 20.03 1987, Bracevo, Rv.175398 in cui si è statuito che la mancanza di proporzionalità tra provocazione e reazione inerte la mancanza di un rapporto di causalità psicologica tra la reazione e la provocazione (*“La provocazione non esige che tra Azione e reazione vi sia proporzione, ma quest'ultima assume particolare rilevanza, fino a far scomparire del tutto la configurabilità dell'attenuante, nell'ipotesi in cui l'accertata palese mancanza di un qualsiasi rapporto di*

Le sentenze più recenti, invece, pur partendo dal presupposto che la proporzione non rientri tra gli elementi costitutivi della provocazione, ne hanno comunque escluso l'applicazione in tutti quei casi in cui, in concreto, la reazione sia apparsa smisurata rispetto al fatto ingiusto. A tal fine è stato richiamando il concetto di adeguatezza e non già quello di proporzionalità, anche se, in concreto, non è stato specificato in che cosa consista detta differenza³¹⁹.

Anche tale orientamento, al pari di quello precedente, sembra dettato dalla volontà di mascherare l'introduzione di un requisito aggiuntivo - quello appunto della proporzionalità -, all'interno della struttura dell'attenuante, come testimonia il fatto che il concetto di adeguatezza cui si fa riferimento appare un mero surrogato di quello della proporzionalità, e ciò oltre che per l'impossibilità di individuare dei significativi profili distintivi rispetto ad esso, anche per l'identità della funzione in concreto svolta: espungere dall'ambito di applicazione della circostanza attenuante tutti quei casi che in cui la reazione del provocato denota, anziché una minor pericolosità sociale, una capacità a resistere agli impulsi criminosi più bassa rispetto alla media e, dunque, una maggiore inclinazione a delinquere.

Sono invece rimaste del tutto isolate le pronunce in cui la proporzione è stata annoverata tra gli elementi costitutivi della provocazione³²⁰.

Al di là delle diverse espressioni utilizzate dai giudici, dall'analisi delle pronunce sopra richiamate emerge l'importanza di verificare, in concreto, che la gravità dell'offesa inferta dal provocato non trascenda la gravità di quella dal medesimo ricevuta da parte del provocatore, cosicché non potrà mai beneficiare dell'attenuante della provocazione

adeguatezza e di proporzione tra il fatto ingiusto ed il commesso reato faccia escludere in concreto la sussistenza del nesso causale tra fatto provocatore e reazione cosicché il fatto della vittima appaia non già causa, ma mera occasione dell'azione criminosa del soggetto"). Nello stesso senso anche Cass. 28.04.1987, Mazzeo, Rv. 175792 (ove, peraltro, viene specificato che allo scopo di verificare se tra la provocazione e la reazione sussista una relazione di causa-effetto occorre tenere conto di tutte le circostanze concrete in cui l'azione è maturata, ivi comprese le caratteristiche della personalità dell'imputato); Cass. 20.01.1986, Tozzetti, Rv. 171689 (ove, nel caso in cui venga accertata la mancanza del requisito della proporzionalità, si para di un semplice rapporto di occasionalità tra la reazione e la provocazione).

³¹⁹ Cfr. Cass. 12.04.2013, Caridi, Rv. 255683; Cass. 2.12.2013, Saieva e altri, Rv. 258454 (ove, al fine di integrare l'attenuante, si esclude la necessità di verificare il rispetto del principio di proporzionalità, ma si richiede pur sempre che tra la provocazione e la reazione ad essa vi sia una "qualche forma di adeguatezza"; Cass. 4.10.1993, Guarino, Rv. 197708.

³²⁰ Cass. 9.11.1994, Marchetti, Rv. 199609.

colui che, a fronte di una condotta di modesta portata lesiva, reagisca sacrificando un bene giuridico di gran lunga gerarchicamente superiore rispetto a quello in pericolo.

3.3 Individuazione del fondamento dell'attenuante della provocazione

Dopo aver analizzato i singoli elementi che compongono la struttura dell'attenuante, nel presente paragrafo, con una inversione dell'ordine logico di trattazione degli argomenti, ci si concentrerà sulla individuazione del fondamento della provocazione. Tale inversione dell'ordine di trattazione si è resa necessaria in quanto, solo avendo ben chiare le componenti della diminuzione, si possono comprendere le risposte che sono state fornite all'interrogativo.

Nonostante sia pacifica la collocazione dogmatica della provocazione - come del resto testimonia il suo inserimento all'interno dell'articolo 62 n. 2 c.p., dedicato alle circostanze attenuanti comuni -, non altrettanto può dirsi in ordine alle ragioni sostanziali che giustificano la diminuzione di pena nei casi riconducibili alla attenuante *de qua*.

In particolare, parte degli interpreti ritiene che lo sconto di pena connesso alla provocazione si spieghi non tanto per gli effetti che si producono nella psiche del soggetto agente a seguito della commissione del fatto ingiusto, ma per la apprezzabilità del motivo che, a sua volta, ha determinato l'insorgere dello stato d'ira. Una sostanziale conferma della bontà di tale orientamento, secondo i suoi sostenitori, si trarrebbe dalla formulazione dell'attenuante originariamente prevista dal progetto preliminare del codice penale, e in particolare, dall'espressione "*l'aver commesso il reato in stato di intensa emozione determinata da grave sventura*": la circostanza che tale espressione sia stata successivamente espunta dal testo della disposizione confermerebbe, appunto, come l'intenzione del legislatore non fosse affatto quella di porre in primo piano la componente emozionale della provocazione³²¹.

In base a tale impostazione occorre, dunque, prendere in considerazione il movente che ha spinto il soggetto agente ad agire contro il provocatore e, solo in caso di

³²¹ Così in particolare MARCONI, (voce) *Provocazione* cit., 822.

meritevolezza del medesimo, riconoscere l'applicazione della diminuzione di pena, posto che lo stato d'ira, di per sé considerato, non è rilevante a tal fine, come, peraltro, si desume dall'articolo 90 c.p.³²².

Quest'ultima disposizione, infatti, nel sancire la irrilevanza degli stati emotivi e passionali - nel novero dei quali rientra, naturalmente, anche lo stato d'ira - è, almeno nella ottica dei sostenitori della tesi *de qua*, inequivocabile sul punto, tanto che l'articolo 62 n.2. c.p. viene considerato come una mera eccezione alla regola in analisi.

Quanto alla ragione giustificatrice di siffatta eccezione, questa andrebbe appunto individuata nella particolare natura del movente che anima la condotta del soggetto agente, pena l'impossibilità di spiegare altrimenti il diverso trattamento riservato a due situazioni (l'articolo 62 n. 2. C.p. e l'articolo 90 c.p.) che, se si tralasciasse il movente, risulterebbero identiche³²³.

La provocazione, così intesa, viene dunque ad assumere dei connotati, più che giuridici, etico-morali ed è questa una, se non la principale, ragione per cui l'orientamento in esame non ha incontrato il parere positivo di alcuni studiosi³²⁴.

È stato, infatti, osservato come non debba essere concesso alcuno spazio alla considerazione del movente del soggetto agente, dal momento che il turbamento

³²² MARCONI, *loc. ult. cit.*: “la diminuzione di pena, pertanto, non promana sic et simpliciter dallo stimolo passionale che investe e governa la condotta dell'agente, ma trova la sua scaturigine negli antecedenti, estranei all'agente, che hanno cagionato la esaltazione collerica”.

³²³ Anche FERRANTE, *Osservazioni sull'attenuante della provocazione in rapporto all'elemento della proporzione tra fatto provocante e fatto provocato* in *Giust. Pen.*, 1958, 791 ss. sottolinea il carattere neutro - rispetto alla diminuzione di pena - dell'alterazione emotiva che consegue al fatto ingiusto, auspicando che, al fine della concessione dello sconto di pena, vengano tenute in debita considerazione le ragioni alla base della reazione irata. In argomento si veda anche MARINUCCI-DOLCINI, *Codice penale commentato cit.*, 1130: “Va da sé che non può essere certamente l'ira in sé stessa che induce a giustificare la reazione, provocando un'attenuazione della risposta sanzionatoria, ma la causa dell'ira, cioè il fatto ingiusto”. Nonostante gli autori non facciano direttamente riferimento al movente dell'azione, sembrano esprimere una posizione sostanzialmente analoga a quella in esame, rifiutando ogni automatismo tra stato emotivo alterato (sia pura seguito della commissione di un fatto ingiusto) e sconto di pena. In altre parole, seguendo tale impostazione, al fine di riconoscere l'applicazione dell'articolo 62 n.2 c.p., occorre sempre guardare alla natura del fatto ingiusto, poiché solo in questo modo si è realmente posti nelle condizioni di poter valutare se l'autore del fatto sia meritevole di beneficiare di una attenuazione del trattamento sanzionatorio.

³²⁴ I sostenitori della concezione più rigida della provocazione, peraltro, si mostrano ben consapevoli del rischio di virare eccessivamente sul campo della morale: cfr. MARCONI, *loc. ult. cit.*: “L'attenuante della provocazione si connota assai più in funzione del suo fondamento etico che di quello psicologico e naturalistico, poiché nell'economia della fattispecie assume assoluto carattere di predominanza il movente dell'azione illecita, ossia il *finis operantis* in relazione al quale si atteggia la risoluzione criminosa”.

psichico che si verifica nella sua persona è sufficiente a spiegare la ragione per cui, nella situazione di cui all'articolo 62 n. 2. c.p., viene concessa la diminuzione di pena: poiché lo stato d'ira in cui viene commesso il fatto di reato è stato determinato dal fatto ingiusto altrui, la condotta delittuosa viene ad assumere un minor disvalore, promanando da un soggetto che non ha agito sulla base di una autonoma spinta criminosa, ma ha risposto ad una provocazione a lui diretta³²⁵.

Tuttavia, come si è detto sopra, l'opinione prevalente è nel senso di attribuire rilevanza alle ragioni che hanno determinato lo stato d'ira; proprio in ragione di tale orientamento, viene generalmente negata la compatibilità tra l'attenuante della provocazione e l'aggravante dell'aver agito per motivi abietti o futili³²⁶, mentre viene pacificamente ammessa la compatibilità con l'attenuante dell'aver agito per motivi di particolare valore morale e sociale³²⁷. Peraltro, si è dato atto di come, in taluni casi, si possa addirittura assistere ad una sovrapposizione tra le due attenuanti e ciò quando la situazione fattuale da cui origina la condotta di reato è la medesima. In detta ipotesi, si può discutere su quale sia la circostanza che deve prevalere sull'altra, atteso che costituirebbe un'inammissibile duplicazione applicare entrambe le attenuanti, anche se la questione non è stata particolarmente approfondita in dottrina né ha ricevuto una risposta soddisfacente in giurisprudenza³²⁸.

³²⁵ In questo senso si veda FROSALI, *Sistema penale* cit., 640

³²⁶ Sulla questione si veda in particolare Cass. 26.01.2010, Matei, Rv. 247222; Cass.22.05.2008, Ilaria, Rv. 240906; Cass. 31.01.1986, Piscopo, Rv.173354. In particolare, nelle citate sentenze viene negata la compatibilità tra la provocazione e l'aggravante di aver agito per motivi abietti o futili, in quanto si è ritenuto che, nella stessa situazione, non possano coesistere due stati d'animo tra loro contrastanti, dal momento che in un caso - quello relativo alla provocazione - viene presupposta la commissione di un fatto ingiusto, mentre nell'altro - quello relativi ai motivi abietti e futili - ci si trova al cospetto di una situazione antagonista essenzialmente giusta.

³²⁷ Sulla compatibilità della provocazione con l'attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale si veda FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale* cit., 445; ROMANO, *Commentario sistematico* cit., 638. In giurisprudenza si veda Cass. 08.07.2010, Salvaguardia, Rv.248018; Cass. 26.10.1992, Curneri, Rv. 193435

³²⁸ Parla di *bis in idem* la già citata Cass. 08.07.2010, Salvaguardia, senza, tuttavia, fornire alcuna indicazione in merito alla individuazione della circostanza che debba, in concreto, trovare applicazione sull'altra. Cass. 10.10.1996, Rv.207334 statuisce invece che debba trovare applicazione solo l'attenuante della provocazione, in quanto tra le due circostanze sussisterebbe un rapporto di genere a specie. Tale affermazione non può, tuttavia, essere condivisa, in quanto, a ben vedere, in relazione alle circostanze in questione può, tutt'al più, parlarsi di un rapporto di specialità bilaterale o reciproca. Infatti, ciascuna attenuante presenta, oltre ad alcuni aspetti comuni all'altra, anche alcuni elementi specializzanti: la provocazione contempla al proprio interno lo stato d'ira, il quale non necessariamente deve sussistere nell'attenuante di cui all'articolo 62 n.1. c.p., mentre, al contrario, nella struttura della medesima non sono sempre presenti i motivi di particolare valore morale e sociale. Sembra, invece, più corretto invocare

Va peraltro rilevato come, in alcune sentenze di legittimità - a dire il vero tutte piuttosto risalenti nel tempo³²⁹ - è stato anche ammesso il concorso tra l'attenuante della provocazione e quella dell'aver agito per motivi di particolare valore morale e sociale, argomentando nel senso che uno stesso fatto possa ben provocare, da una parte, un sentimento d'ira e, dall'altra, suscitare una spinta all'azione sorretta da valori particolarmente apprezzati in seno alla società, di modo che non potrebbe dirsi violato il principio del *ne bis in idem* sostanziale. Infatti, ciascuna diminuzione di pena troverebbe la propria giustificazione in autonome ragioni di politica criminale: nel caso dell'attenuante di cui all'articolo 62 n.2. c.p. per il minore allarme sociale destato da colui che agisce in risposta ad una altrui provocazione, nel caso, invece, dell'articolo 62 n.1. c.p., per il minore disvalore penale rivestito da una condotta in linea con i valori etico-sociali fondanti dell'ordinamento.

Si segnala, in ultimo, che nonostante, come visto, non vi sia presso gli studiosi un'unanimità di vedute in merito all'individuazione del fondamento sostanziale che giustifica la diminuzione di pena nel caso della provocazione - ivi compresa la possibilità di considerare quest'ultima quale eccezione alla regola tracciata dall'articolo 90 c.p. - è invece sostanzialmente pacifica la compatibilità tra l'attenuante in questione e il vizio parziale di mente, perché lo stato d'ira non rappresenti la manifestazione esteriore della patologia di cui è affetto il soggetto agente, in quanto, in tal caso, troverebbe applicazione unicamente l'articolo 89 c.p.³³⁰.

Invero, in quest'ultima ipotesi, verrebbe meno la ragione alla base dell'attenuazione della pretesa punitiva, in quanto lo stato emotivamente alterato verrebbe a dipendere unicamente dal vizio di mente e non già dalle particolari ragioni (smosse della commissione del fatto ingiusto) alla base della reazione del provocato o comunque - per

il principio di assorbimento e in base ad esso riconoscere applicazione esclusivamente all'attenuante della provocazione. Infatti, nell'ipotesi in cui nella medesima situazione di fatto risultino integrati gli estremi sia del n.1. che del n. 2 dell'articolo 62 c.p., il minor disvalore della condotta di reato insito nell'aver agito per motivi di particolare valore morale e sociale è già ricompreso all'interno dell'attenuante della provocazione, in cui, come si è visto (almeno secondo l'orientamento prevalente), rileva il movente che ha spinto il soggetto agente alla reazione.

³²⁹ Cfr. Cass. 03.08.1968, Cavalieri, Rv. 108704; Cass. 05.02.1969, Romanini, Rv. 112112; Cass. 13.01.1970, Piemontese, Rv. 114601.

³³⁰ In dottrina si veda in particolare, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale* cit., 445; ROMANO, *Commentario sistematico* cit., 674. In giurisprudenza si segnala Cass. 24.04.2009, Pintar, Rv. 243473; Cass. 24.02.1989, Azzolina, Rv. 181563.

coloro che non ritengono di dare rilievo al movente che anima la condotta tenuta dal soggetto agente - non troverebbe il proprio antecedente causale nella commissione del fatto ingiusto, ma nella patologia.

3.4 La c.d. reazione per accumulo.

Dopo aver tratteggiato la struttura della provocazione ed esposto le principali tesi che sono state elaborate in merito alla individuazione della sua *ratio essendi*, nel presente paragrafo verrà esaminata la questione inerente la possibilità di applicare l'attenuante *de qua* anche al cospetto di provocazioni che si ripetono nel tempo, non esaurendosi nella commissione di un singolo fatto ingiusto.

Una delle ipotesi tipiche riguarda proprio il caso dei maltrattamenti in famiglia, ricadendo così appieno nel tema oggetto della presente ricerca.

In altre parole, ci si domanda se sia possibile concedere l'applicazione dell'attenuante in esame in favore di un soggetto che, dopo aver subito una serie di condotte di maltrattamento, reagisca contro il proprio aggressore nello stato d'ira che tali condotte hanno determinato in lui; in termini ancora più espliciti rispetto all'argomento della presente ricerca, ci si interroga se la donna che abbia reagito mortalmente nei confronti del *partner* abusante possa beneficiare della diminuzione di pena ex art. 62 n.2. c.p.

Il principale ostacolo al riconoscimento dell'attenuante è rappresentato dalla possibilità di ritenere sussistente lo stato d'ira al cospetto di situazioni che, pur integrando la nozione di fatto ingiusto, non si esauriscono in un lasso temporale circoscritto, ma si ripetono nel tempo, come avviene appunto per i reati abituali. Peraltro, proprio con riferimento a tali reati, potrebbe accadere che la reazione avvenga subito dopo il compimento di un atto che, di per sé, non costituisce reato, ma che acquista rilievo penale solo se considerato unitamente agli altri episodi che compongono il reato abituale.

Sul punto, tanto in dottrina che in giurisprudenza, si è ritenuto non dirimente, al fine di riconoscere l'applicazione dell'attenuante, la stretta contiguità cronologica tra la provocazione e la reazione. La riprova di quanto affermato si desumerebbe da un

raffronto tra la attuale formulazione della disposizione sulla provocazione e quella adottata dalla corrispondente previsione adottata nel vigore del previgente codice, ove - come si è già osservato - si faceva riferimento non tanto allo stato d'ira ma "*all'impeto d'ira o all'inteso dolore*" derivante dalla commissione del fatto ingiusto. Orbene, in presenza di siffatta formulazione si è osservato come, nel vigore del codice Zanardelli, fosse quanto meno implicito il requisito della contiguità temporale tra la provocazione e la reazione, posto che l'aumentare della distanza cronologica tra il fatto ingiusto e la condotta *ab irato* si rifletteva inevitabilmente, attenuandone la portata, sul requisito dell'aver agito in seguito "*all'impeto d'ira o all'inteso dolore*" conseguente al fatto ingiusto medesimo.

Conferma l'assunto anche la formula impiegata dall'articolo 599 c.p. per descrivere la situazione in presenza della quale chi ha commesso un fatto di diffamazione (e, prima dell'abrogazione dell'articolo 594 c.p., anche un fatto di ingiuria) viene esentato da responsabilità penale, richiedendo *expressis verbis* che la condotta delittuosa sia commessa subito dopo il fatto ingiusto. Infatti, in mancanza di una tale presa di posizione anche nel testo dell'articolo 62 n.2. c.p., si desume come la volontà del legislatore in tema di provocazione - intesa quale circostanza attenuante generale - sia stata quella di prescindere dalla contestualità tra provocazione e reazione³³¹.

Oltre alle considerazioni basate sulla lettera della legge, la concessione dell'attenuante nelle ipotesi in esame è stata anche argomentata sottolineando come, in taluni casi, possa ben accadere che ad un atteggiamento passivo ed inerte serbato di fronte ad una pluralità di episodi di maltrattamento faccia seguito, al verificarsi di un ulteriore episodio di maltrattamento - non necessariamente dotato di una maggiore carica di offensività rispetto agli altri - una reazione energica ed irata. Infatti, in detta ipotesi, lo

³³¹ Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico* cit., 673. Considerazioni analoghe sono svolte anche da PADOVANI, (voce) *Circostanze del reato* in *Dig. Disc. Pen.*, II, 1988; LOI, *Le circostanze del reato in Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale. parte generale* (a cura di) BRICOLA-ZAGREBELSKY, II, 1995, 274. In senso parzialmente contrario si veda però MALINVERNI, (voce) *Circostanze del reato* cit., 88 il quale, pur escludendo, sulla scorta del diverso tenore letterale dell'articolo 62 n.2. c.p. rispetto all'articolo 599 c.p., che la reazione al fatto ingiusto altrui debba essere immediata al medesimo, ritiene tuttavia poco plausibile che lo stato d'ira permanga in capo al soggetto agente anche a una certa distanza temporale rispetto alla provocazione: "*Non occorre che la relazione al fatto ingiusto altrui sia immediata [...]; è necessario e sufficiente che avvenga in stato d'ira. Questo stato passionale, però, è caratterizzato dalla rapida insorgenza, dalla violenza, e dalla breve durata, e pertanto si deve ritenere poco verosimile la persistenza di esso a lunga distanza dal fatto provocativo*".

stato d'ira in cui viene ad agire il soggetto agente non è incompatibile con la condotta tenuta in precedenza - quasi che la mancata ribellione al fatto ingiusto altrui possa essere letta come la spia dell'assenza di un reale coinvolgimento emotivo nella vicenda e non come la manifestazione esteriore di una serie di fattori, come ad esempio la paura, che condizionano profondamente le azioni di chi subisce il fatto medesimo - ma può trovare una logica spiegazione nella considerazione che il compimento del nuovo episodio aggressivo ha avuto l'effetto di richiamare alla mente dell'autore del fatto tutti i pregressi abusi di cui è stato vittima, i quali vengono così valutati in maniera unitaria, aumentando esponenzialmente la loro portata lesiva.

È dunque la sommatoria di tutte le pregresse vicende, ciascuna delle quali concretizza il fatto ingiusto di cui all'articolo 62 n.2 c.p., che nella reazione per accumulo spinge il soggetto agente ad agire contro il provocatore, sicché, anziché negare l'esistenza di uno stato d'ira, va piuttosto riconosciuto come quest'ultimo possa avere un'incidenza maggiore nella struttura dell'attenuante in detta ipotesi che in quelle caratterizzate da un rapporto di immediatezza tra fatto ingiusto e reazione³³².

Anche la giurisprudenza si è mostrata favorevole all'accoglimento dell'indirizzo in commento, ammettendo la configurabilità dell'attenuante nelle ipotesi in rassegna. Proprio di recente la Suprema Corte³³³ ha individuato con precisione le caratteristiche in presenza delle quali si può parlare di reazione per accumulo: in particolare, si è ritenuto necessario dover accertare l'esistenza di un fattore scatenante la reazione, la capacità di

³³² Su questo punto specifico si rimanda a MARINUCCI-DOLCINI, *Codice penale commentato* cit., 1133

³³³ Cass. 09.05.2017, Di Sero, Rv. 270272 (nella sentenza in esame la Cass. ha disposto l'annullamento con rinvio della sentenza emessa dalla Corte di Assise di appello con cui era stata esclusa la applicazione dell'attenuante della provocazione in favore dell'imputato, resosi responsabile dell'uccisione del proprio genere con 6 colpi di pistola. In particolare la Corte ha lamentato che il giudice di secondo grado, prima di addivenire all'esclusione dell'applicazione dell'attenuante, non ha tenuto debitamente conto del complessivo contesto in cui l'azione omicidiaria si inseriva, caratterizzato da una profonda tensione dei rapporti tra la vittima e la figlia dell'imputato, la quale, era emerso, aveva in passato presentato diverse denunce-querele nei confronti del marito. A tale clima di tensione partecipava anche l'imputato, il quale più volte aveva cercato di dialogare con il marito della figlia per cercare di comprendere le cause del disagio familiare, ma invano, in quanto il genero si era sempre sottratto a qualsiasi forma di dialogo o di confronto con l'uomo). In senso conforme all'orientamento espresso dalla Suprema Corte in detta pronuncia si veda anche Cass. 04.07.2017, Basile, Rv. 261728. Con riferimento esplicito alla questione inerente la vicinanza temporale tra la provocazione e la reazione, si veda Cass. 08.10.2017, Mosca, Rv. 257877 (*"È configurabile la circostanza attenuante della provocazione anche quando la reazione iracunda esplode a distanza di tempo, in occasione di un episodio scatenante, quale conseguenza di un accumulo di rancore determinato dalla reiterazione di comportamenti ingiusti."*)

detto fattore di fungere da catalizzatore per la riemersione del ricordo relativo a tutti i pregressi torti subiti e, infine, una certa proporzionalità tra la reazione del provocato e la complessiva gravità dell'offesa ricevuta da parte di quest'ultimo. In mancanza di detta proporzionalità, è stato altresì affermato - in linea con l'orientamento giurisprudenziale precedentemente esposto - che l'attenuante della provocazione non possa dirsi operativa, atteso che la commissione del fatto ingiusto verrebbe a costituire una mera scusa, un pretesto, per dare libero sfogo agli impulsi criminosi che albergano nell'animo del soggetto agente.

Va ulteriormente sottolineato come la reazione per accumulo, oltre a spiegare il permanere dello stato d'ira nei casi sopra esaminati, fornisce una valida chiave di lettura per verificare il rispetto del principio di proporzionalità - o di adeguatezza, a seconda della tesi cui si aderisce in tema di individuazione dei requisiti costitutivi della provocazione - in detti casi.

Infatti, allo scopo di accertare se la reazione sia smisurata rispetto alla provocazione ricevuta, non bisognerà limitarsi ad esaminare l'ultimo atto da cui è scaturita la reazione medesima, ma si dovrà tener conto del complesso degli episodi delittuosi, tutti unificati sotto la categoria del reato abituale. Di conseguenza, in base a tale impostazione, sono ammesse reazioni che superano di gran lunga l'ultima offesa in ordine di tempo percepita dal provocato, le quali, tuttavia, se parametrize al complesso delle offese ricevute, acquistano un ben diverso significato, apparendo pienamente in linea con la natura e l'entità dei fatti commessi dalla parte antagonista³³⁴.

E' da notare come nella giurisprudenza della Suprema Corte il requisito della contestualità tra l'azione del provocato e quella del provocatore si sia a tal punto affievolito che l'opinione prevalente reputa l'attenuante della provocazione compatibile con la premeditazione, la quale, come noto, richiede che l'intenzione criminale venga

³³⁴ Sono infatti piuttosto frequenti le pronunce della Suprema Corte in cui la concessione dell'attenuante viene ammessa anche in situazioni in cui la reazione del provocato s'inserisce in un più ampio quadro, caratterizzato dalla ripetizione nel tempo di condotte delittuose, ciascuna delle quali, isolatamente considerata, appare di gravità inferiore rispetto all'intensità della risposta reattiva. Cfr., in particolare Cass. 23.03.2010, Goti, Rv. 246658; Cass. 29.04.1992, Terrazzino, Rv. 190558; Cass. 27.10.1992, Neri, Rv. 192770, Cass. 5.07.1991, Angelucci, Rv. 188327.

mantenuta ferma dal soggetto agente per un certo periodo di tempo prima di sfociare nella commissione del fatto di reato³³⁵.

Nonostante le considerazioni sopra svolte, appare singolare che l'opinione maggioritaria sia nel senso di ritenere ammissibile l'applicazione congiunta della provocazione e dell'aggravante della premeditazione, posto che il permanere della ideazione delittuosa nella mente del soggetto agente per un certo lasso di tempo sembra contraddire la ratio stessa dell'attenuante. Infatti, in tale situazione, a differenza di quelle di cui sopra (in particolare, del caso della reazione per accumulo, in cui comunque l'azione criminosa segue sempre alla commissione di un fatto ingiusto che, richiamando alla mente tutti quelli pregressi commessi dal provocatore, funge da detonatore per la reazione in stato d'ira), la condotta tenuta dal soggetto agente non avviene d'impeto (a caldo, come viene definita nel gergo comune), ma all'esito di una più o meno dettagliata pianificazione della esecuzione del reato.

Peraltro, la giurisprudenza in commento, al fine di superare - anche se detto fine non è dichiarato apertamente - i sottolineati profili di contraddittorietà, richiede che la reazione venga posta in essere in presenza di un fatto ingiusto protratto nel tempo (come nel caso dei reati permanenti o abituali) ma, anche così impostata, la soluzione prospettata non appare pienamente convincente.

Invero, per dimostrare che dinnanzi ad un fatto ingiusto protratto nel tempo la condotta dell'agente sia comunque sorretta dallo stato d'ira, si reputa necessario ipotizzare il compimento di un'azione (anche non necessariamente costituente reato) da parte del provocatore che stimoli la reazione del provocato, atteso che, diversamente, non vi sarebbe più alcuna valida ragione per riconoscere l'applicazione della diminuzione: l'autore del fatto, pur avendo agito per mero spirito di vendetta, beneficerebbe di un consistente sconto di pena. La circostanza che nella premeditazione lo stimolo delittuoso sia mantenuto fermo, senza alcuna soluzione di continuità, sembra confliggere con quanto detto, in quanto delle due, l'una: o il nuovo fatto ingiusto

³³⁵ Ad esempio, in senso favorevole a detta compatibilità si è espressa Cass. 01.07.2004, Giusti e altri, Rv. 229840; Cass. 04.12.1992, Facciolo, Rv. 192786; Cass. 26.05.1995, De Carolis, Rv. 201909. In dottrina, fra gli autori favorevoli all'ammissibilità della provocazione anche nel caso in cui la commissione del fatto di reato sia stata programmata prima della sua esecuzione si segnala MARCONI, (*voce*) *provocazione* cit., 833; ROMANO, *Commentario sistematico* cit., 674. Tra gli autori invece contrari a detta compatibilità si veda FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale* cit., 445.

commesso dal provocatore funge effettivamente da stimolo e determina l'insorgere di uno - nuovo e diverso - stato d'ira in capo al soggetto agente, facendo sorgere un nuovo e diverso proposito criminoso (che interrompe dunque la premeditazione)³³⁶, oppure tale fatto non sortisce alcun effetto nella psiche del provocato, il quale, dunque, mantiene intatta l'originaria ideazione delittuosa e agisce al di fuori dello stato d'ira³³⁷.

3.5 L'applicazione della provocazione alle donne imputate dell'uccisione del loro carnefice nella giurisprudenza italiana.

Dopo aver illustrato la struttura e l'ambito di applicazione della provocazione, in questo paragrafo verranno esaminate alcune pronunce, sia di legittimità che di merito, relative alla applicazione della circostanza attenuante della provocazione nei casi al centro della presente ricerca.

Si anticipa sin da subito che, a differenza della legittima difesa e della legittima difesa putativa, la provocazione ha incontrato maggior favore presso i giudici italiani, probabilmente sulla scorta di due diversi ordini di ragioni: da un lato, l'applicazione della circostanza *de qua*, comportando una mera diminuzione di pena, è "psicologicamente più tranquillizzante" per il giudice che, in tal modo, evita che dalla propria pronuncia derivi una sostanziale impunità a favore dell'imputata - peraltro, nel caso in cui venisse riconosciuta la legittima difesa *tout court*, la condotta della medesima verrebbe ad assumere carattere di piena liceità -, dall'altro, la considerazione del particolare contesto in cui ha agito l'imputata rende "emotivamente" non tollerabile che nei suoi confronti venga inflitta una pena che si irrogerebbe ad un qualsiasi

³³⁶ Cfr., ad esempio, Cass. 09.07.1984, Ortisi, Rv. 165715: "*Non sussiste alcuna incompatibilità tra la premeditazione e la circostanza attenuante della provocazione. Infatti lo stato d'ira, quale fattore scatenante, può ben accompagnarsi alla persistenza della idea criminosa*". Tale statuizione sembra proprio confermare l'alternativa sopra posta, in quanto, per dimostrare la possibilità che premeditazione e provocazione possano coesistere è costretta a fare riferimento ad una causa scatenante l'azione delittuosa, la quale, come detto, interrompe la continuità che caratterizza la premeditazione.

³³⁷ Nel senso dell'inconciliabilità del binomio premeditazione e provocazione si è espressa una cassazione piuttosto risalente (Cass. 10.12.1984, Caruso, Rv. 167550) in cui è stato messo in luce come colui che agisca in presenza della citata aggravante dimostri una freddezza di animo in contrasto con il perturbamento psichico in ragione del quale viene concessa la diminuzione di pena ex articolo 62 n. 2. c.p.

omicida. Come, infatti, si vedrà esaminando alcune delle sentenze che hanno riconosciuto l'attenuante della provocazione, le pene cui in concreto sono state condannate le imputate sono sensibilmente inferiori a quelle che, generalmente, vengono applicate per i casi di omicidio doloso.

Senza pretesa di esaustività - in quanto l'obiettivo del presente lavoro è solo quello di mettere a fuoco, sia pur in funzione di un ripensamento critico, le principali tendenze dottrinali e giurisprudenziali in merito al trattamento giuridico riservato alle donne resosi responsabili dell'uccisione del partner maltrattante, specie nei c.d. *non confrontational settings*, tendenze che, loro volta, costituiscono un'eloquente spia del grado di comprensione e sensibilità di fronte al tema della violenza domestica - si segnalano due precedenti piuttosto risalenti nel tempo, in cui, nonostante una certa attenzione per la "condizione femminile", si è concluso nel senso di non ritenere configurabile la legittima difesa - nemmeno in forma putativa - anche se è stata riconosciuta significativa attenuazione della risposta sanzionatoria nei confronti delle imputate.

La prima di dette sentenze³³⁸ si riferisce ad un caso in cui l'uccisione del tiranno domestico è avvenuta da parte della figlia minorenni, vittima, al pari della madre e dell'altra sorella maggiore, di pesanti e ripetuti soprusi, sia fisici sia psicologici: un pomeriggio del 23 giugno 1991, Marcellina - questo è il nome dell'imputata -, ormai allo stremo e non più in grado di tollerare oltre la violenza del padre, lo ha raggiunto

³³⁸ Corte di Assise di Verona 2 aprile 1992, Peruffo, riportata per stralcio da SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 226 ss. (la sentenza in esame è stata emessa nei confronti della sorella maggiore Maria Cristina e del suo fidanzato, ritenuti responsabili di aver agito in concorso con la sorella più piccola, Marcellina, quest'ultima, non avendo ancora compiuto 14 anni al momento del fatto, è stata giudicata separatamente di dinnanzi al Tribunale per i Minorenni). In particolare, il Peruffo, secondo quanto emerge dalla documentazione riversata in atti, era un uomo, oltre che privo di stabile attività lavorativa, gravato da numerosi precedenti penali per reati contro la persona commessi in danno di soggetti estranei al nucleo familiare, tra cui anche una condanna per violenza sessuale che gli era valsa ben 5 anni di carcere. Dall'esperienza detentiva era tornato ancora più aggressivo di prima, con l'unica differenza che, questa volta, il bersaglio su cui sfogare i propri istinti criminosi erano divenute le donne della sua famiglia, evidentemente ritenute, in quanto *res sui*, in grado di garantirgli la sostanziale impunità per le tutte le nefandezze commesse nei loro confronti. Peraltro, la moglie del Peruffo, Lucia Vallarin, aveva più volte sporto denuncia-querela per continui maltrattamenti subiti, tutte puntualmente oggetto di remissione, anche per gravi minacce ricevute dal marito qualora si fosse rivolta alla autorità giudiziaria. Anche il tentativo della donna di sottrarre sé stessa e le figlie dalla spirale della violenza chiedendo la separazione legale non va a buon fine, in quanto il Peruffo, non appena viene a conoscenza delle intenzioni della donna, la massacrava letteralmente di botte, portandola a rassegnarsi completamente dinnanzi alla furia dell'uomo. È in questo contesto allora che la figlia più piccola della coppia decide di agire per salvaguardare se stessa e il resto della sua famiglia.

nella camera dove si era ritirato per riposare dopo il pranzo domenicale e, mirando alla testa, ha esploso due colpi con la pistola che le era stata consegnata dal fidanzato della sorella maggiore Maria Cristina, uno solo dei quali è andato a segno, producendo l'evento mortifero.

La Corte di Assise di Verona, chiamata a pronunciarsi sulla responsabilità, a titolo di concorso morale e materiale di Maria Cristina - ritenuta il tramite tra quest'ultima e la persona che le ha procurato l'arma del delitto e spiegato il suo funzionamento - e del suo fidanzato, ha condannato entrambi gli imputati a 13 anni di reclusione che sono, poi, stati ridotti a 9 anni e 4 mesi di reclusione in appello³³⁹. Non è stata riconosciuta né la legittima difesa né la legittima difesa putativa, bensì l'attenuante della provocazione.

A quest'ultimo proposito, è stata valorizzata la circostanza che gli imputati - ed è singolare che, nella sentenza, non si sia operata alcuna distinzione per quanto riguarda il fidanzato, certamente estraneo a talune dinamiche familiari - in considerazione del clima di aperta conflittualità familiare e delle passate vessazioni poste in essere da parte del Peruffo, avevano agito in uno stato emotivamente alterato, tali da renderli meritevoli della concessione della diminuzione di pena conseguente all'applicazione dell'articolo 62 n. c.p.

In particolare, nella sentenza si è dato atto di come il sentimento che ha animato la condotta degli imputati non è stata né la vendetta, né il rancore, ma un radicato "*stato di ingiustizia permanente*", determinato, appunto, dai continui maltrattamenti di cui la vittima si era reso responsabile nei confronti della moglie e delle figlie.

Alla constatazione della continuità dei maltrattamenti, non ha fatto, tuttavia seguito il riconoscimento del perdurare della minaccia nei confronti dei familiari del Peruffo, sicché, partendo da tali premesse, la qualificazione in termini di illiceità della condotta tenuta dagli imputati costituisce una scelta pressoché obbligata, difettando il carattere attuale del pericolo.

³³⁹ Cfr. Corte di Assise di Appello di Venezia, 26 febbraio 1993, riportata per stralcio sempre da SZEGÖ, *Ai Confini della legittima difesa*, 229. Si segnala che, nel caso di specie, la diminuzione di pena in secondo grado è conseguita alla applicazione del c.d. concordato in appello, istituto processuale abrogato nel 2008 e reintrodotta, infine, con la recedente legge di riforma del codice penale (l. 23 giugno 2017 n.103).

Non sono mancate le critiche alla soluzione così adottata dalla Corte; è stato, infatti, osservato, come nell'impostazione seguita dai giudici vi sarebbe una sorta di contraddizione rispetto , da un lato, il riconoscimento, del perdurare dello stato d'ira in conseguenza dei maltrattamenti subiti, dall'altro, la negazione dell'imminenza del pericolo al momento del fatto³⁴⁰.

La decisione adottata dalla Corte si connota, dunque, per l'assenza di una seria posizione in ordine al carattere - perdurante o meno - delle violenze cui sono stati costretti gli imputati. Tale carattere subisce, infatti, una differente valutazione a seconda delle esigenze concrete che, di volta in volta, i giudici intendono perseguire: quando essi mirano a ribadire la riprovazione per la condotta di reato posta in essere, viene negata la permanenza delle violenze, quando, invece, essi mirano ad adeguare il trattamento sanzionatorio alla gravità dei fatti, viene assunta una decisione di segno opposto.

L'altro precedente giurisprudenziale cui si è fatto cenno sopra, riguarda ancora un caso di uccisione del "padre padrone" da parte della figlia³⁴¹, Mascia Torelli.

Di tale caso si è parlato nel capitolo precedente, a proposito dell'atteggiamento della giurisprudenza circa la configurabilità della legittima difesa putativa, ma in questa sede verrà nuovamente preso in considerazione, seppur sotto un angolo visuale diverso, atteso che ciò che interessa è il ragionamento seguito dalla Corte ai fini del riconoscimento dell'attenuante in esame.

³⁴⁰ Cfr., in particolare, SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 230-231, la quale pone in evidenza come i giudici, nella sentenza in esame, si siano concentrati solo sul contesto immediatamente antecedente la commissione del fatto delittuoso, tralasciando, di fatto, tutti i pregressi episodi di maltrattamenti. In tal modo, in fatti, essi hanno avuto gioco facile nell'escludere la configurabilità della legittima difesa - anche nella forma putativa - atteso che gli imputati avrebbero tutti agito in un momento di pausa della violenza, quando, dunque, la minaccia di un male ingiusto, per un verso, poteva dirsi cessata, dall'altro, si presentava ancora in una fase troppo embrionale per essere sussunta entro il perimetro del concetto di pericolo. Quanto alla differente soluzione adottata per il riconoscimento della circostanza attenuante della provocazione, osserva, a proposito del ragionamento della Corte: "*Da un lato essa si rifiuta di riconoscere, nel modus operandi del Peruffo, le caratteristiche di una condotta idonea a realizzare la situazione di cui all'articolo 52 c.p.: definendone gli effetti con il termine, eufemistico, di stato di conflittualità, essa si limita a considerarlo come fatto ingiusto, rilevante ai soli fini dell'articolo 62 n. 2. c.p. dall'altro lato, la Corte non può non rilevare nel comportamento del padre padrone, l'aspetto della continuità; tuttavia, essa lo trasforma da connotato, oggettivo, delle violenze cicliche inflitte dal Peruffo ai familiari, in attributo dei riflessi, soggettivi, che tali violenze producono nella psiche delle vittime. Ad essere permanente e continua risulta allora solo l'agitazione o la condizione psicologica alterata [...]*".

³⁴¹ Corte di Assise di Teramo, 13 ottobre 1995 (poi oggetto di impugnazione sia in appello sia in Cassazione) riportata per stralcio da SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 231 ss.

Per agevolare il lettore, si rammentano in breve i fatti su cui i giudici sono stati chiamati a pronunciarsi.

Mascia, e le altre donne della famiglia, *in primis* la madre, erano state costrette a vivere in penose condizioni dal padre: costui non solo sottoponeva la moglie e le figlie a continui e tremendi abusi che spesso sfociavano in vere e proprie torture³⁴², ma le insultava e umiliava quotidianamente, impedendole anche qualsivoglia contatto con l'esterno. Nell'anno precedente l'omicidio la violenza dell'uomo si era acuita ulteriormente sino a raggiungere un picco nei due giorni immediatamente l'omicidio: il Torelli aveva picchiato duramente sia la moglie sia le figlie (la moglie era stata presa per la gola quasi fino a soffocare e poi inseguita con una pala, mentre la figlia maggiore era stata colpita con un pugno che, facendola sbattere contro un termosifone, l'aveva fatta svenire, mentre Mascia cercava di calmare la situazione, frapponendosi tra i genitori) e le aveva minacciate duramente di morte, fino a che, prima di uscire di casa, aveva pronunciato la faticosa frase: "non è finita qui".

Al rientro dell'uomo, accompagnato dai soliti insulti e della minaccia di uccidere tutti se non si fossero sbrigati a farlo entrare in casa, Mascia, anziché aprire la porta, ha impugnato la pistola dell'uomo - che aveva nascosto in camera sua - e ha cominciato a sparare: prima due colpi attraverso il vetro della porta, poi, dopo averla spalancata, uno direttamente verso il padre centrandolo.

Il contenuto della decisione adottata dalla Corte risulta pienamente sovrapponibile a quello dell'altra pronuncia sopra riportata: viene esclusa la legittima difesa - anche in forma putativa³⁴³ -, mentre viene riconosciuta l'attenuante della provocazione, sulla

³⁴² Ad esempio, nel testo della citata sentenza si fa riferimento ad un episodio in cui Mascia viene percossa dal padre con un bastone per essersi lasciata scappare il cane ed un altro in cui, sempre Mascia, come punizione per cattivo andamento scolastico, viene costretta ad eseguire dei pensatissimi lavori all'interno di una fabbrica, tra cui spostare oggetti molto pesanti e trasportare carriere piene di mattoni.

³⁴³ È interessante notare come la difesa della imputata abbia fondato la propria strategia processuale, oltre che sulla configurabilità della legittima difesa putativa, anche sul vizio di mente della medesima. In particolare, le anomalie a livello psichico su cui si è fatto leva per ottenere l'assoluzione dell'imputata per incapacità di intendere e di volere sono le stesse su cui si fonda la BWS: Mascia, in conseguenza dei maltrattamenti cui è stata ripetutamente sottoposta dal padre, aveva sviluppato un vero e proprio disturbo post traumatico da stress che, al momento dell'azione, si era tramutato in uno scompenso psicotico. La Corte, tuttavia, non ha ritenuto che nel caso di specie ricorressero gli estremi per riconoscere l'esistenza di una patologia rilevante ex art 88 e 89 c.p. in capo all'imputata, in quanto, la grave reazione da stress di cui essa era innegabilmente affetta, ed alla base del compimento dell'azione delittuosa, non presentava una gravità tale da escludere o scemare grandemente la capacità d'intendere e di volere.

scorta di un ragionamento che presenta evidenti profili di contraddittorietà: quando si tratta di fare applicazione dell'articolo 52 c.p. - ed anche dell'articolo 59 c.p. - vengono presi in considerazione solo gli istanti immediatamente precedenti l'azione criminosa, mentre quando viene in rilievo l'articolo 62 n.2 c.p., l'angolo visuale adottato dai giudici si amplia, fino a ricomprendere, nel loro complesso, tutti gli episodi di maltrattamento commessi dal Torelli in danno dei suoi familiari.

Nella sentenza si fa, inoltre, esplicito riferimento alla reazione per accumulo, in quanto, al fine dell'applicazione dell'articolo 62 n.2. c.p., si specifica che anche comportamenti risalenti nel tempo e, dunque, non immediatamente precedenti la commissione del fatto criminoso, rilevano ai fini della determinazione del concetto di fatto ingiusto, così concorrendo a giustificare l'affievolimento della risposta sanzionatoria³⁴⁴.

Quanto al trattamento sanzionatorio, in conseguenza del riconoscimento della provocazione e delle generiche ex art. 62 bis c.p., giudicate prevalenti sull'aggravante dell'aver agito nei confronti dell'ascendente, esclusa la premeditazione, entrambi gli imputati sono stati condannati alla pena finale di anni 10 di reclusione.

Proprio in conseguenza dell'esiguità del trattamento sanzionatorio in concreto inflitto, il P.M. ha proposto appello avverso la sentenza della Corte di Assise di Teramo, lamentando il mancato riconoscimento della premeditazione e, conseguentemente, il risultato del giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p.; la Corte di Assise di Appello dell'Aquila³⁴⁵, pur accogliendo il ricorso del P.M. in relazione al riconoscimento della

³⁴⁴ Anche con riferimento alla sentenza in commento, non sono mancati i rilievi critici espressi da SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 238 ss. che, peraltro, si appuntano sui medesimi profili già evidenziati esaminando la sentenza della Corte di Assise di Verona: la contraddittorietà insita nel ragionamento della Corte che riconosce il carattere senza soluzione di continuità delle violenze solo ai fini della applicazione dell'articolo 62 n. 2 c.p. e non anche degli articoli 52/59 c.p. A riprova di come i maltrattamenti siano stati intesi in senso continuativo dai giudici, l'A. riporta alcuni passi della pronuncia che, al fine della concessione della diminuzione di pena, analizzano il rispetto del requisito dell'adeguatezza tra reazione e fatto ingiusto: il rispetto di tale requisito viene parametrato non già alle vicende in rapporto di stretta contiguità temporale con il fatto di reato, bensì al complesso delle condotte di abuso poste in essere del provocatore, ovvero il Torelli: *“ebbene se l'ultima nozione (quella di fatto ingiusto n.d.t.) viene estesa, come fa la Corte, sino a ricomprendere tutti i maltrattamenti subiti da Mascia nel corso della sua vita, le continue minacce di morte e l'escalation di violenza registratosi il 14 e il 15 dicembre, allora la reazione della ragazza risulterà proporzionata, o adeguata, ai sensi dell'articolo 62 n.2. c.p. e sproporzionata, o inadeguata, per la fattispecie dell'articolo 52 c.p., il cui concetto di offesa viene interpretato dai giudici di Teramo con esclusivo riferimento all'iraconda reazione del Torelli alle difficoltà incontrate nel tentativo di accedere alla abitazione”*.

³⁴⁵ Corte di Assise di Appello Aquila, 19 giugno 1996 riportata per stralcio da SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., nota 73 pag. 240.

premeditazione, ha comunque ritenuto la prevalenza delle attenuanti sulle aggravanti, rideterminando la pena complessiva in anni 12 di reclusione. In ultimo, la sentenza di appello è stata cassata dalla Corte di Cassazione³⁴⁶, investita, tra gli altri profili di doglianza, della questione inerente la correttezza della determinazione del trattamento sanzionatorio, con rinvio alla Corte di Assise di Appello di Roma, la quale ha confermato interamente la pronuncia di primo grado (esclusione della premeditazione e riconoscimento della prevalenza delle attenuanti sulle aggravanti, con condanna ad una pena finale pari ad anni 10 di reclusione).

Recentemente, invece, in sede di giudizio abbreviato³⁴⁷, sono state riconosciute le circostanze attenuanti generiche anziché l'attenuante della provocazione in favore di una donna accusata di aver ucciso ed occultato il corpo del marito dopo averlo sedato mediante la somministrazione di una massiccia dose di ansiolitici (nello specifico, l'Olanzapina ed il 7-Aminoclonazepam) che lo avevano costretto in una condizione di sonnolenza e totale atassia.

Nello specifico, all'esito dell'attività d'indagine espletata, è stata ravvisata la penale responsabilità dell'imputata in ordine ad entrambi i capi di imputazione alla medesima contestati, in quanto, contrariamente alla versione fornita dalla medesima (ovvero, di aver trovato il marito morto nel suo letto per cause naturali e, in preda al panico per le ripercussioni cui sarebbe potuta andare incontro per non averlo prontamente soccorso, di aver proceduto all'occultamento del suo cadavere, abbandonandolo, dopo averlo avvolto in un'enorme sacca, lungo una pista ciclabile sita sul Naviglio), dalla consulenza medico-legale svolta sul cadavere era stato inequivocabilmente accertato che la causa della morte era da rintracciarsi in un'asfissia meccanica violenta³⁴⁸.

³⁴⁶ Si tratta di Cassazione, sez. I, 23.01.1997 n. 150

³⁴⁷ G.I.P. Milano 14 gennaio 2016 n. 8930 R.G. G.i.p.

³⁴⁸ In particolare, nel testo della sentenza si dà conto di come i consulenti, ferma restando l'individuazione della causa del decesso in un'asfissia meccanica violenta, abbiano prospettato una duplicità di ipotesi: la prima, che il soffocamento sia conseguito ad un'azione diretta proveniente dall'esterno, la seconda che detto evento sia dipeso da un meccanismo posizionale o da confinamento, ovvero dal fatto che i movimenti del mantice toracico fossero impediti dalla presenza di un ostacolo indiretto, con conseguente progressiva diminuzione della quantità di ossigeno presente all'interno dell'organismo che, in poco tempo, porta al decesso per anossia. La prospettata alternativa viene sciolta dal giudice in favore della prima alternativa, valorizzando una serie di elementi emersi durante l'espletamento dell'attività investigativa (in particolare, il fatto che sul cadavere della vittima fossero rinvenute delle escoriazioni rossastre a forma di semiluna, compatibili con l'utilizzo di una forza esterna per ostruire le vie nasali e aree; la circostanza che, a voler optare per la seconda delle citate opzioni, si sarebbe dovuto ipotizzare che

Quanto al movente dell'omicidio, viene chiaramente ravvisato dal giudice nel clima di esasperata conflittualità tra l'imputata ed il marito, acuito dalla malattia di cui quest'ultimo era affetto (disturbo bipolare della personalità) e che si rifiutava di riconoscere, evitando appositamente di assumere le prescritte terapie farmacologiche. La vittima, in base alle sommarie informazioni raccolte, è stata infatti descritta come un padre-padrone, dall'indole aggressiva e egoista e con dei tratti della personalità di tipo narcisistico, come testimoniato dalla cura maniacale per il proprio corpo; spesso moglie e marito litigavano tra di loro e in alcune occasioni vi erano anche stati episodi di violenza fisica in danno della prima che, per continuare a dare al figlio la parvenza di un clima familiare sereno, subiva in silenzio, assecondando l'uomo in tutti i suoi desideri, anche quelli più assurdi³⁴⁹. Nell'ultimo periodo, poi, la situazione era divenuta insostenibile in quanto la malattia dell'uomo si era aggravata (anche in conseguenza del suo rifiuto di sottoporsi alle cure mediche) e lo aveva praticamente reso dipendente dalla moglie per il soddisfacimento delle più elementari esigenze della vita quotidiana³⁵⁰, senza, tuttavia, accennare a diminuire il suo temperamento aggressivo e prevaricatore. L'imputata, dunque, di fronte a tale stato di cose, si è sentita gravata non solo del peso di sopportare la situazione familiare per il bene superiore del figlio, ma anche di dover

il decesso dell'uomo fosse avvenuto all'interno della grossa valigia in cui era stato compresso, ormai in totale stato di incoscienza, dalla moglie per occultarne il corpo, in contrasto con l'atteggiamento di piena lucidità e maniacale pianificazione dell'azione delittuosa assunto dall'imputata, la quale, in tal modo, si sarebbe esposta al rischio che l'uomo, non ancora deceduto durante le fasi di trasporto al di fuori dell'abitazione, potesse gridare o comunque richiamare l'attenzione di vicini e passanti.

³⁴⁹ G.I.P. Milano cit., 35: *“La scaturigine dei fatti va ricercata nel contesto familiare dell'imputata ed in particolare nel progressivo deterioramento del rapporto di coppia col marito a causa del suo carattere “difficile” e delle sue condizioni di salute, caratterizzate da patologie psichiatriche che ne accentuavano l'irascibilità e le stranezze. Tale situazione è emersa chiaramente dalle dichiarazioni dell'imputata., la quale ha descritto il marito come un uomo dal carattere irascibile e nervoso, affetto da disturbi della personalità, che si erano acuiti nel corso del tempo, dando luogo a manifestazioni di ira immotivata che lo spingevano sovente a litigare non solo con la moglie, ma anche con clienti, amici o anche semplici avventori di locali che la coppia frequentava. Inoltre, secondo quanto riferito dalla donna al medico curante, nell'ultimo periodo il R. aveva dei comportamenti stravaganti e la costringeva ad occuparsi costantemente di lui, accompagnandolo ed andandolo a prendere in palestra per assecondare le sue manie di cura del corpo. Rispetto alle intemperanze del R., la F. aveva sempre mantenuto un atteggiamento accondiscendente e accomodante, cercando di sopassedere per garantire un clima familiare sereno, anche se i comportamenti del marito ed il suo rifiuto di sottoporsi ad ogni tipo di cura e/o di ricovero ospedaliero le avevano sempre provocato un forte stato di ansia e preoccupazione”*.

³⁵⁰ Nella sentenza si fa riferimento ad un ulteriore avvenimento che avrebbe fatto precipitare la situazione: pochi giorni prima dell'omicidio, all'uomo, che di professione faceva il tassista, era stata ritirata la patente in conseguenza dell'assunzione della terapia psico-farmacologica, cosicché, egli non solo si è trovato di colpo senza lavoro, ma è divenuto totalmente incapace di fare fronte a tutte quelle attività in cui era impegnato quotidianamente (come, ad esempio, recarsi in palestra).

assistere il marito durante il decorso di una malattia che, come riferitole dai sanitari, poteva essere solo tenuta sotto controllo dall'assunzione farmaci, ma non avrebbe mai potuto essere debellata³⁵¹. Così ricostruito il contesto in cui è maturata l'azione delittuosa, il G.i.p. ha ritenuto che nel caso di specie sussistessero i presupposti per il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, considerando, nel loro complesso, le penose condizioni cui l'imputata era stata costretta a vivere da parte del marito³⁵², senza tuttavia fare alcun cenno all'attenuante della provocazione.

La ragione per cui, nel caso oggetto della presente sentenza, pur ricorrendone in astratto tutti i presupposti, non sia stata riconosciuta la provocazione riposa, a parere di chi scrive, nella circostanza che nel caso di specie era stata contestata e riconosciuta dal giudice la premeditazione³⁵³, la quale, come già evidenziato, confligge con la *ratio* alla base dell'articolo 62 n.2. c.p.

Va, tuttavia, segnalato come, a differenza delle altre pronunce sopra citate, la sentenza in esame si caratterizza per la severità del trattamento sanzionatorio, tanto che, a giudicare dalla pena in concreto inflitta, 18 anni di reclusione in abbreviato, non sembra

³⁵¹ G.I.P. Milano cit., 31, ove, parlando della tragica scoperta fatta dall'imputata circa l'assenza di ogni prospettiva di guarigione o comunque di miglioramento del marito osserva: *"Tale notizia fece germogliare il proposito omicida nella F. che già da molto tempo aveva accumulato tensioni, insoddisfazioni, stanchezza ed esasperazione per i comportamenti e le stranezze del marito, evidentemente aggravate dalla patologia psichiatrica di cui soffriva"*.

³⁵² G.I.P. Milano cit., 37: *"La F., dunque, venne a trovarsi in un vortice negativo di situazioni, col susseguirsi di eventi che la portarono a ritenere di non avere alcuna via di uscita da una condizione divenuta per lei ormai insopportabile se non quella di eliminare il marito, estenuata dal doversi occupare di lui, gestendone da sola il carattere irascibile ed i disturbi della personalità di cui soffriva ed avendo perso ogni speranza, dopo il colloquio della mattina dei fatti col dott. P., in un ricovero coatto del R. La complessa e difficile situazione familiare descritta ha indubbiamente inciso sulle determinazioni dell'odierna imputata la quale, già gravata dal peso di un rapporto difficile con il marito - da tutti descritto come un soggetto egoista, prepotente, irascibile ed autoritario, specie con i familiari- si è trovata a doversi fare carico, progressivamente, delle degenerazioni del suo carattere determinate dal disturbo bipolare di cui soffriva, finendo per doverlo seguire ed accudire in tutto, con evidente stress psicologico. Si ritiene, in ragione di ciò, di poter applicare a F. L. le circostanze attenuanti generiche con giudizio di equivalenza alle contestate aggravanti"*.

³⁵³ In particolare, come chiarito dal G.i.p., dagli atti d'indagine era emerso che il proposito omicida fosse maturato in capo all'imputata quanto meno sin dalla mattina stessa (anche se, a dire il vero, come è stato adombrato dallo stesso giudice, sembra che si possa anticipare la data ad alcuni giorni prima dell'omicidio), dato che essa, sin dalla mattina appunto, si era procurata il carrello ed il borsone utilizzati per l'occultamento del cadere e aveva somministrato massicce dosi di ansiolitici al marito per ridurlo in totale stato di incoscienza.

che la particolare situazione in cui si è consumata la tragedia familiare abbia in qualche modo influito sulla modulazione della risposta punitiva³⁵⁴.

In ultimo, si osserva come il riconoscimento dell'attenuante della provocazione nei casi oggetto della presente analisi abbia ottenuto anche l'avvallo della giurisprudenza di legittimità, la quale, chiamata a pronunciarsi su di un caso relativo all'uccisione del marito da parte di una donna sottoposta per anni a ripetute umiliazioni e gravi angherie da parte del medesimo, ha ammesso la ricorrenza, nel caso di specie, dell'attenuante di cui all'articolo 62 n. 2. c.p.³⁵⁵.

Peraltro, nella richiamata sentenza, oltre a distinguere lo stato d'ira che caratterizza la provocazione da altri sentimenti, quali il rancore e l'odio, si prende spunto dalla vicenda in rapporto di più stretta contiguità temporale con il fatto di reato (in concreto, delle questioni economiche sorte per il rifiuto dell'uomo di utilizzare delle somme, di spettanza della moglie, per il pagamento di debiti contratti nell'interesse di tutta la famiglia) per poi ampliare lo sguardo, sino a ricomprendere, nella loro globalità, le penose condizioni cui l'imputata è stata costretta a vivere dal marito³⁵⁶.

La breve rassegna giurisprudenziale svolta dimostra, come anticipato all'inizio del paragrafo, come, l'applicazione della attenuante provocazione ai casi oggetto della presente ricerca si ponga in termini meno problematici rispetto a quanto visto per gli istituti della legittima difesa, reale e putativa.

³⁵⁴ Le circostanze attenuanti generiche sono state ritenute equivalenti rispetto alle aggravanti e la pena base da cui si è partiti per determinare il trattamento sanzionatorio per il reato più grave (naturalmente l'omicidio), in considerazione della gravità e dell'efferatezza del fatto, è stata fissata in 24 anni di reclusione, ovvero in misura superiore rispetto al minimo edittale. Anche l'aumento di pena previsto per il reato satellite, l'occultamento di cadavere, è stato piuttosto significativo (anni 3 di reclusione, nonostante il delitto di cui all'articolo 414 c.p. sia punito di per sé con la reclusione fino ad anni 3), con la conseguenza la pena finale su cui calcolare la diminuzione secca di 1/3 è stata individuata in anni 27 di reclusione.

³⁵⁵ Ci si riferisce, in particolare, a Cass. 16.12.1987, Montella, Rv. 177868.

³⁵⁶ La massima della sentenza citata recita infatti così: *“La circostanza attenuante della provocazione si ricollega ad uno stato soggettivo d'ira che non va confuso con l'odio, il rancore o il risentimento e quindi non può essere riconosciuta in presenza di questi ultimi stati d'animo. Tuttavia, qualora l'agente cagionando la morte della vittima (nella specie, il marito) abbia agito perché delusa dal matrimonio, offesa nella sua dignità di sposa e di madre, frustrata da una vita di stenti e di sacrifici cui non era estranea la scarsa voglia di lavorare del marito e per l'ennesima pretesa egoistica del marito, ancora una volta in stato di ebbrezza, la sua reazione violenta, a fronte di un rifiuto di utilizzare l'indennità a lei spettante per saldare i debiti contratti per esigenze alimentari della famiglia, pone in essere una condotta che integra esattamente i parametri valutativi della provocazione”*.

Ciò dipende, oltre che da quanto già osservato in ordine al minor impatto esercitato dal riconoscimento dell'attenuante sulla responsabilità penale della imputata, anche dal fatto che, per applicare l'articolo 62 n.2. c.p. ai casi in analisi, non si deve in alcun modo forzare il dato letterale della disposizione.

Invero, emerge dalla ricostruzione sopra svolta circa i requisiti strutturali dell'attenuante e il relativo ambito di applicazione come la concessione della diminuzione di pena in favore dell'imputata accusata dell'uccisione del marito/padre-padrone non necessiti di alcuna interpretazione analogica o estensiva, atteso che, in casi come questo, è lampante la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi dell'attenuante.

3.6 Individuazione delle possibili soluzioni per la risoluzione dei casi che costituiscono l'obiettivo della presente ricerca: *de iure condendo*

Dopo aver illustrato i principali istituti di diritto penale entro cui può essere sussunta la condotta di coloro che si ribellano dopo anni di angherie e di vessazioni subite da parte del convivente, la parte conclusiva del presente elaborato verrà dedicata all'esposizione di quelle che, a giudizio di chi scrive, costituiscono delle possibili e valide soluzioni alla questione, in grado, da un lato, di tenere in debita considerazione la particolare condizione delle imputate per questo genere di reati e, dell'altro, di non recare un *vulnus* in seno all'ordinamento penale, "sconvolgendo" struttura e interpretazione delle norme che lo compongono.

La soluzione più semplice per evitare il prodursi di detto inconveniente e, al contempo, consentire alla questione di genere di penetrare all'interno delle maglie del diritto penale è quella di adottare un approccio *de iure condendo*, ovvero pensare alla introduzione di una nuova disposizione normativa, **creata avendo di mira** solo ed esclusivamente destinatari di sesso femminile.

Le alternative in questo senso sono molteplici.

In particolare, prendendo spunto da quanto osservato nel primo capitolo circa gli ostacoli di natura ermeneutica, oltre che strutturale, che si incontrano nell'applicazione dell'articolo 52 c.p. ai casi che qui interessano, si potrebbe ipotizzare un intervento del

legislatore teso a rendere maggiormente accessibile per le donne la tutela offerta dall'articolo 52 c.p.

Si ritiene che l'unico modo per realizzare detto obiettivo sia quello prevedere una fattispecie *ad hoc*, applicabile nei soli confronti delle appartenenti al genere femminile, in quanto una riscrittura integrale dell'articolo 52 c.p., sì da renderlo accessibile, in condizioni di parità, tanto agli uomini quanto alle donne, oltre che di difficile attuazione pratica, si presterebbe a degli inconvenienti difficilmente superabili.

Come si è visto, infatti, una delle principali preclusioni che si registrano nell'invocare l'applicazione della legittima difesa ai casi che concernono l'uccisione del tiranno domestico è rappresentata dal requisito dell'attualità del pericolo, sicché, onde evitare che le donne vengano escluse dall'ambito di operatività dell'articolo 52 c.p., una maggiore apertura della disposizione sul punto appare inevitabile. Le medesime considerazioni valgono anche con riferimento all'altro requisito che si pone in termini problematici in detti casi, ovvero la necessità (della reazione difensiva).

Pertanto, se si dovesse pensare ad una norma di nuovo conio che ampli, in via generale e indiscriminata, i requisiti costitutivi della legittima difesa, il rischio sarebbe quello di estendere eccessivamente, e senza che ne si ravvisino le ragioni di opportunità, l'ambito di applicazione della scriminante, in un momento storico in cui, peraltro, sono piuttosto forti le pressioni in tal senso provenienti da alcuni schieramenti e da una parte dell'opinione pubblica³⁵⁷.

In definitiva, se si intervenisse sul testo dell'articolo 52 c.p., rimodulandone gli elementi strutturali, si renderebbe più agevole l'accesso alla legittima difesa anche in situazioni in cui tale ampliamento risulterebbe controproducente, aumentando pericolosamente gli spazi entro cui la risoluzione dei conflitti intersoggettivi viene demandata ai privati. Il

³⁵⁷ L'individuazione dei limiti della legittima difesa ha da sempre costituito un terreno fertile su cui innestare il dibattito politico e giuridico. Prova ne siano le modifiche introdotte nel febbraio del 2006 al corpo dell'articolo 52 c.p., modifiche che hanno suscitato vivaci discussioni tra gli interpreti, divisi tra chi ha salutato con favore la novella e chi, invece, si è mostrato totalmente contrario, esternando il timore che, per tal via, si venisse a legittimare una sorta di Stato del *far west* in seno all'ordinamento penale italiano. Inoltre, come si è visto durante la trattazione del capitolo precedente, è ancora all'esame del Parlamento la approvazione di una proposta di legge che, anche sulla spinta di casi che sono stati recentemente alla ribalta delle cronache giornalistiche, modifichi l'articolo 52 c.p., rendendone più agevole l'applicazione di determinate ipotesi è ritenuta massima l'esposizione a pericolo del bene giuridico dell'agredito (in particolare, gli attacchi nottetempo, all'interno dei luoghi di cui all'articolo 614 commi 1 e 2).

difficile punto di equilibrio tra i contrapposti interessi in gioco individuato da tale disposizione verrebbe, infatti, posto nel nulla, espandendo in maniera smisurata la tutela offerta ai beni dell'agredito, con contestuale ingiustificato sacrificio eccessivo delle ragioni dell'aggressore³⁵⁸.

Dunque, volendo percorrere la strada relativa alla modifica dell'articolo 52 c.p., l'unica soluzione che appare realmente praticabile è quella di introdurre un nuovo comma all'interno dell'articolo 52 c.p., oppure un'autonoma disposizione, che detti una disciplina apposita per i casi che qui interessano.

In tal modo, verrebbero superati i principali ostacoli che si pongono ad un'interpretazione estensiva o analogica dei requisiti della legittima difesa, ma, a ben vedere, se ne porrebbero di nuovi.

Peraltro, tali ostacoli si porrebbero non solo al momento dell'attuazione pratica del nuovo precetto normativo, ma nella fase stessa della sua emanazione.

Occorre, infatti, innanzitutto considerare che l'introduzione di una speciale forma di legittima difesa in favore delle donne presuppone il maturare di una certa sensibilizzazione dell'opinione pubblica sul tema della violenza di genere e, più specificatamente, della violenza domestica; se indubbiamente dei passi avanti in questa direzione sono stati compiuti (alcuni dei quali sono stati evidenziati nella parte introduttiva del presente elaborato), dall'altro lato la strada verso una piena maturazione e presa di coscienza del problema sembra ancora lunga.

Inoltre, occorre considerare che la formulazione di un'ipotesi specifica di legittima difesa in favore delle donne rappresenta un'operazione complessa e di dubbia riuscita. Ciò in ragione della difficoltà di individuare con precisione, in via generale e astratta, la situazione di fatto in presenza della quale la reazione contro il tiranno domestico viene scriminata, con il rischio concreto di privare quest'ultimo di un'effettiva tutela giuridica, sminuendone il valore della sua esistenza.

³⁵⁸ Sul tema si rimanda alle considerazioni svolte da DRESSLER, *Battered women* cit., 467-468 in cui viene paventato il rischio che un ampliamento degli attuali confini della *self-defense* possa condurre ad una legittimazione della c.d. *preemptive strikes*, con tutte le prevedibili conseguenze che ne deriverebbero (L'A. richiama quando accaduto, su scala sovra individuale, in Iraq nel 2003: "My point, simply, is that once the law gets away from a requirement of an immediate need to use force and begins to authorize preemptive strike, we increase the risk of repeating on an individual scale what happened in Iraq - a claimed need to invade preemptively to get rid of weapons of mass destruction that proved non-existent").

In aggiunta a quanto osservato, l'introduzione di una speciale forma di legittima difesa in favore delle donne maltrattate rischia di esporsi all'obiezione di dar luogo a una discriminazione al contrario, ovvero nei confronti degli uomini, nei confronti dei quali le condizioni di accesso alla scriminante continuerebbero ad essere quelle maggiormente restrittive dell'articolo 52 c.p. Si tratta, peraltro, di un rischio tutt'altro che teorico, posto che negli ordinamenti di *common law*, le proposte in tal senso sono state oggetto di critica proprio in quanto ritenute andare verso la creazione di una sorta di "zona franca" all'interno del diritto, cui possono accedere solo gli appartenenti al genere femminile.

In considerazione degli ostacoli difficilmente superabili che si frapporrebbero ad una modifica dell'articolo 52 c.p., sempre in una prospettiva *de iure condendo*, si potrebbe allora ipotizzare l'introduzione di una causa scusante *ad hoc*, valorizzando la particolare situazione emotiva in cui è maturata l'azione delittuosa. Invero, tale contesto, se debitamente considerato, impedisce di muovere un rimprovero alla donna maltrattata facendo venir così meno l'esigenza di repressione della condotta da essa tenuta.

In altri termini, proprio muovendo dalle continue e ripetute violenze cui l'imputata è stata sottoposta, l'azione delittuosa da lei commessa acquisterebbe un significato diverso, tale da far ritenere che la medesima, avendo agito sotto l'effetto di concomitanti circostanze anormali e non potendo, pertanto, pretendersi da essa una condotta rispettosa della norma penale, non sia responsabile del fatto di reato a lei addebitato.

Si tratta, evidentemente, di una situazione ben diversa rispetto a quella in cui operano le cause scriminanti, atteso che le cause di esclusione della colpevolezza fanno permanere intatta l'antigiuridicità della condotta, la quale continua ad essere valutata negativamente da parte dell'ordinamento.

Del resto, anche nei paesi di *common law* in cui, come visto, è stata fatta larga applicazione (anche se con esiti piuttosto deludenti, in considerazione del basso numero di sentenze che si sono concluse con l'assoluzione delle imputate) della BWS, il rischio sottolineato dalla dottrina più attenta era proprio quello di far ricadere l'azione

delittuosa commessa dalla *battered woman* nel campo applicativo dell'*excuse* piuttosto che in quello della *justification*³⁵⁹.

Infatti, incentrare la “strategia difensiva” sullo scenario di violenza e sulla sofferenza, oltre che fisica, emotiva, in cui la donna accusata dell’omicidio del proprio carnefice ha agito implica un’adesione totale della prospettiva cui si guarda alla dimensione soggettiva del reato. Ne consegue che, in mancanza di parametri oggettivi cui ancorare la valutazione in ordine alla ragionevolezza dell’*agere* dell’imputata, difficilmente si può pervenire ad un giudizio di legittimità del fatto commesso, mentre, di converso, si amplia sempre di più lo spiraglio rappresentato dalle cause di esclusione della colpevolezza e dalla loro operatività.

Ebbene, alla base dell’impostazione sopra tratteggiata, in mancanza di norma *ad hoc* che configuri una scusante applicabile ai casi esposti, non è difficile scorgere il principio di inesigibilità³⁶⁰, con tutte le problematiche che esso solleva, posto che il suo riconoscimento in seno all’ordinamento penale italiano non è affatto pacifico.

In particolare, pur ammettendo che tale principio sia effettivamente alla base della codificazione di talune cause scusanti previste dal nostro ordinamento (in particolare, secondo una parte degli interpreti, lo stato di necessità, la coazione morale, il costringimento fisico, l’errore inevitabile sul precetto penale, l’ordine illegittimo insindacabile, i particolari casi di non punibilità di cui all’articolo 384 c.p.³⁶¹), la

³⁵⁹ In questo senso, tra i molti autori che si sono occupati dell’argomento, si veda SCHNEIDER, *Describing and changing* cit., 215 (la quale osserva come l’insistere, da parte della BWS e dei suoi fautori, sulle circostanze in cui è maturata l’azione omicidiaria - “*heat of passion*”; “*extreme emotional disturbance*” -, produca l’effetto di ricondurre tale discussione sul piano relativo all’*insanity* o, comunque, sulla debolezza della donna); DRESSLER, *Battered woman and sleeping abusers* cit. 463 ss. (la quale appunta i suoi rilievi sulla circostanza che il ritenere imminente il pericolo di aggressione pur quando il *batterer* è posto in condizioni di inoffensività è una contraddizione in termini, sicché il fondamento della non punibilità della *battered woman* non può essere ricercato sul terreno della ragionevolezza, ma, essenzialmente, su quello della *insanity* e della *diminished capacity*); BRADFILED, *Women who kill* cit., 148 ss. (ove vengono svolte osservazioni analoghe a quelle delle A. precedentemente citate; in particolare, viene puntato l’accento sulla centralità conferita alle circostanze in cui giunge a maturazione l’azione omicidiaria, in contrasto con l’emergere degli aspetti di razionalità eventualmente insiti nella condotta posta in essere dall’imputata).

³⁶⁰ Al tema della inesigibilità sono dedicati due studi monografici: FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, 1990 e SCARANO, *La non esigibilità in diritto penale*, 1948.

³⁶¹ Sul punto si rimanda a MANTOVANI, *Diritto penale* cit., 361 il quale sottolinea come, secondo una certa dottrina, le norme in rassegna rientrano nella categoria delle scusanti, categoria che si caratterizza per l’inesigibilità di una condotta conforme al precetto penale a causa delle circostanze anomale che ne accompagnano il compimento, o secondo altri, a causa dell’impossibilità di riconnettere una funzione special-preventiva alla sanzione penale oppure, secondo un ulteriore e terzo orientamento, per ambedue le

questione maggiormente discussa concerne la possibilità di una sua applicazione analogica a casi che, per le loro peculiarità concrete, mal si conciliano con la possibilità di muovere un rimprovero a titolo penale nei confronti del soggetto agente.

Al contrario di quanto sostenuto da parte della dottrina tedesca³⁶², la quale ammette la configurabilità di una causa generale di esclusione della colpevolezza *preterlegale*, e dunque, suscettibile di applicazione anche oltre i casi espressamente previsti dalla legge, la dottrina italiana largamente maggioritaria³⁶³ si è mostrata contraria all'accoglimento

ragioni esposte. Tuttavia, come rilevato dallo stesso A., che in detti casi operi il principio di inesigibilità costituisce una conclusione tutt'altro che pacifica, atteso che, almeno secondo l'orientamento prevalente in dottrina, per individuare il fondamento dogmatico alla base delle previsioni normative in esame è sufficiente far riferimento a principi consolidati in seno all'ordinamento penale, quali lo stato di necessità, il nesso di causalità materiale o, comunque, l'attribuibilità psichica del fatto al suo autore ai sensi dell'articolo 42 comma 2 c.p., etc. Per un'esauritiva trattazione delle ipotesi qualificabili come cause di esclusione della colpevolezza si veda anche ROMANO, *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità* in *Riv. it. dir. pen.*, 1991, 40; FORNASARI, *La categoria delle scusanti* in *Ind. Pen.*, 2000, 111.

³⁶² Per un'analitica e approfondita analisi della dottrina e della giurisprudenza tedesche sulla questione si rimanda a FORNASARI, *Il principio di inesigibilità* cit. L'A., tuttavia (cfr. p. 214 ss.), osserva come il principio di inesigibilità, per quanto concerne la sua applicazione pratica, abbia, in realtà, incontrato poca fortuna in Germania, in conseguenza di quello che lo stesso, tra le righe, definisce un difetto di impostazione, ovvero l'eccessiva astrazione del concetto di inesigibilità. Al contrario, affinché il principio espliciti una qualche rilevanza giuridica in concreto, occorre che il suo contenuto venga elaborato mediante un procedimento non deduttivo, bensì induttivo, partendo dal considerare singoli beni giuridici coinvolti nel conflitto: quello facente capo all'autore della condotta di reato e quello facente capo all'individuo che subisce le conseguenze di tale condotta. Solo in questo modo, secondo l'A., l'inesigibilità è in grado di svolgere la sua funzione di principio guida in ordine alla individuazione delle condotte che, seppur conformi al fatto tipico di reato, non appaiono meritevoli di essere sanzionate penalmente proprio in virtù del concetto della inesigibilità medesima.

³⁶³ Tra i fautori, invece, del principio di inesigibilità all'interno dell'ordinamento italiano, si segnala FORNASARI, *Il principio di inesigibilità* cit., 220 ss., il quale ha elaborato una vera e propria teoria che si pone come obiettivo quello di giungere ad una sistematizzazione, concettuale, prima ancora che dogmatica, del principio in analisi. Come accennato nella nota precedente, l'A. reputa che solo l'adozione di un approccio di tipo induttivo consenta di pervenire a degli esiti applicativi soddisfacenti, e fissa, pertanto, il punto di partenza della sua elaborazione teorica nel dato costituzionale. In tal modo viene raccolto lo spunto fornito dal tedesco HENKEL, il cui limite viene ravvisato nell'aver utilizzato il dato costituzionale come mera guida ispiratrice e non già quale criterio di concretizzazione del concetto di inesigibilità. D'altro canto, precisa l'A., è proprio nel tessuto costituzionale che si annida il fondamento del principio di inesigibilità, atteso che è proprio in nome dell'uguaglianza sostanziale che detto principio deve trovare applicazione, conferendo elasticità all'ordinamento. Dunque, è proprio partendo dalle previsioni della Carta Fondamentale che s'individua la "posta in gioco", ovvero i contrapposti interessi che vengono rilievo nel caso concreto. Il secondo *step* da seguire consiste, invece, nel prendere in considerazione il rapporto di proporzionalità che intercorre tra i citati interessi, senza, tuttavia, irrigidirsi su quello tratteggiato in Costituzione, posto che, diversamente, si ricadrebbe nell'ambito di applicazione delle cause di giustificazione (pertanto, oltre alla posizione gerarchica occupata da ciascun interesse costituzionalmente rilevante, devono essere prese in considerazione anche tutte le circostanze concrete che accompagnano l'azione, tra cui la gravità della messa in pericolo del singolo bene giuridico coinvolto nello scontro). Infine, la terza tappa del percorso che conduce all'applicazione del principio di inesigibilità è data dalla valutazione delle c.d. circostanze anormali concomitanti l'azione - ovvero l'anomalia della situazione di fatto in cui l'autore del fatto si è trovato a dover agire - valutazione che

del principio di inesigibilità quale criterio in grado di fungere, da un lato, da minimo comune denominatore a tutte le cause di esclusione della colpevolezza normativamente previste, dall'altro, da *eadem ratio* in forza della quale applicare, in via analogica, la disciplina delle scusanti.

Nonostante vi siano larghi settori dell'ordinamento penale in cui è particolarmente difficile stabilire quale dei due interessi in conflitto (se quello dell'autore della condotta penalmente rilevante o se quello di colui che la subisce) debba prevalere e che sarebbero evidentemente beneficiati dall'accoglimento del principio di inesigibilità³⁶⁴ - si pensi a tutti i casi in cui si presenti un "*insolubile conflitto di doveri*" oppure un contrasto tra norme giuridiche, da un parte, e norme morali o religiose, dall'altra³⁶⁵ - nondimeno, in senso critico, si è osservato come il riconoscimento di cause scusanti al di là del novero di quelle previste *ex lege* contrasti con il canone di certezza del diritto.

deve, tuttavia, essere integrata attingendo al grado con cui l'interesse dell'agente viene apprezzato dall'ordinamento: in questa maniera diviene possibile compensare tra di loro l'essere (fatto) e il dover essere (norma), con conseguente emersione del principio di inesigibilità.

Di recente, sembra prendere posizione a favore del principio di inesigibilità anche MANNA, *Corso di diritto penale*, 2015, 344, laddove, in tema di cause di giustificazione putative, riferendosi al noto caso del giocatore Re Cecconi - che armato di una pistola giocattolo è entrato in una gioielleria, simulando una rapina - afferma che, alla base dell'esclusione della punibilità, non vi è tanto la mancanza di dolo, quanto "*l'inesigibilità di un comportamento diverso*."

³⁶⁴ BETTIOL, *Diritto penale* cit., 493 definisce il principio in questione come una "*valvola che permette ad un sistema di norme di respirare in termini umani*", evidenziando come la sua essenza risieda nel rendere maggiormente conforme ad un canone di equità il diritto penale, smussandone l'eccessivo rigore in taluni punti.

³⁶⁵ In questo senso FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale* cit., 410. È interessante notare come l'A., tra i casi in relazione ai quali viene invocata l'applicazione analogica del principio di inesigibilità riporta quello deciso dai giurati della Corte di New York nel 1922, relativo ad un omicidio commesso da una parte di una ragazza siciliana, trasferitasi negli Stati Uniti insieme alle vittime, dopo che la zia, per vendetta, aveva rivelato al marito della nipote come, tempo addietro, la medesima aveva avuto una relazione sentimentale con lo zio, così scatenando la rabbia del marito che, per reazione, la lasciò. I giurati assolsero l'imputata dall'accusa di duplice omicidio, valorizzando la particolare condizione psicologica in cui la stessa aveva agito, condizione che, considerando la cultura di provenienza della ragazza, diveniva pienamente comprensibile, cos' giustificando l'esito assolutorio del processo.

Proprio con riferimento ai c.d. reati culturalmente orientati, ovvero commessi sulla spinta della cultura e della tradizione di appartenenza dell'autore del fatto, si segnala come in dottrina si sia discusso in merito alla necessità di introdurre una nuova causa di esclusione della colpevolezza onde evitare che la sanzione penale trovi applicazione nei confronti di coloro che hanno commesso un fatto di reato che, secondo l'ordinamento di provenienza, non costituisce alcun illecito. Sul punto si rimanda al contributo di DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale. il caso americano* in *Riv. it. dir. pen.*, 2005, 173 ss. e, in particolare, 197 ss., ove si sottolinea come la proposta di introdurre una "*cultural defence*" avanzata negli Stati Uniti sia andata incontro a incandescenti critiche da parte della dottrina femminista che teme, per tal via, possa essere legittimata nell'ordinamento americano la violenza sulle donne, consacrando usi e tradizioni nei quali la donna è stata sempre sottomessa e sottoposta all'autorità maritale.

In particolare, il punto debole che impedisce di assurgere la inesigibilità a criterio generale valido per il diritto penale è rappresentato dall'evanescenza del concetto alla base di tale principio, sicché risulterebbe di fatto impossibile stabilire i confini applicativi di ciascuna fattispecie incriminatrice: quest'ultima verrebbe sostanzialmente esposta al rischio di disapplicazione tutte le volte in cui, in base ad un non meglio precisato principio di inesigibilità, dal soggetto agente non poteva essere pretesa una condotta conforme al precetto penale³⁶⁶.

Con riferimento all'inesigibilità è stato, infatti, evidenziato come essa *“rischia di risolversi in una clausola vuota, perché non riesce, di per sé, ad indicare i criteri che dovrebbero veramente presiedere alla soluzione dei diversi casi concreti. In altri termini, ci si limita ad asserire che un comportamento non è colpevole perché non era esigibile in comportamento diverso, rimane ancora senza risposta l'interrogativo più importante, che è quello di sapere perché non si sarebbe potuto agire diversamente”*³⁶⁷.

Da quanto osservato ne discende che per applicare il principio di inesigibilità in favore delle donne maltrattate, è indispensabile che il legislatore intervenga sul punto, introducendo una specifica causa scusante³⁶⁸. Tuttavia, anche in questo caso si

³⁶⁶ Cfr. MANTOVANI, Diritto penale cit., 362-363: “il vizio fondamentale della teoria è sempre stato infatti quello di non riuscire a individuare un adeguato parametro, alla cui stregua commisurare l'inesigibilità, al di fuori delle vaghe espressioni dell'umanamente, ragionevolmente e simili. Se si guarda allo stesso soggetto agente nella situazione concreta in cui si è trovato e, quindi, a tutti gli stimoli psichici che da questa provenivano, si rischia di scusare ogni azione criminosa (*tout comprendre c'est tout pardonner*), cadendo in un relativismo soggettivistico in cui si eleva la personalità del soggetto a regolatrice della applicazione della legge”.

³⁶⁷ FIANDACA-MUSCO, Diritto penale cit., 411. L'A. osserva, inoltre. Come il tentativo di conferire maggiore concretezza al concetto di inesigibilità mediante il riferimento al parametro dell'uomo sia destinato anch'esso a fallimento, atteso che tale parametro, a suo volta, costituisce il frutto di un'attività interpretativa; costituisce, dunque, una contraddizione in termini impiegare un concetto vago che necessità, a sua volta, di specificazione per rendere maggiormente intellegibile il significato di un altro.

³⁶⁸ È interessante osservare come nell'ordinamento civilistico, ove la necessità di garantire il rispetto della certezza del diritto è meno sentita e non discende da un preciso obbligo costituzionale, non solo sia pacifica l'ammissibilità del principio di (in)esigibilità, ma lo stesso rappresenti uno dei pilastri su cui si fonda la teoria dell'inadempimento. Per una panoramica aggiornata di tale teorica si rimanda a ZATTI-COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, 2017 ove viene evidenziato come il principio di esigibilità serva a stemperare il rigore dell'articolo 1218 c.c., escludendo che il debitore sia tenuto al risarcimento del danno derivante da inadempimento non solo nel caso in cui l'esecuzione della prestazione sia divenuta impossibile, ma anche qualora l'esecuzione della medesima sia divenuta inesigibile avuto riguardo ad un criterio di buona fede, criterio al quale devono sempre ispirarsi i reciproci rapporti tra debitore e creditore, ai sensi dell'articolo 1175 c.c.: *“l'intero rapporto obbligatorio è dominato dal reciproco dovere di correttezza imposto al creditore e al debitore. Da questa norma si può ricavare un principio che limita il rigore dell'art. 1218 c.c. Infatti, se la correttezza vale non solo come dovere, ma come criterio di valutazione di ogni atto del debitore o del creditore, allora la pretesa di quest'ultimo, che esiga la*

porrebbero alcune delle problematiche sopra evidenziate a proposito della previsione di un'ipotesi di legittima difesa "al femminile", atteso che, secondo alcuni, ciò darebbe luogo ad una forma di discriminazione al contrario, ritagliando una sorta di zona franca all'interno dell'ordinamento in favore delle donne.

Al di là delle critiche che possono essere mosse nei confronti dell'introduzione di una nuova causa scusante, si ritiene che non sia questa la strada migliore da percorrere per dare risposta al fenomeno della violenza domestica e, in particolare, alle sorti processuali delle donne maltrattate accusate dell'omicidio del loro carnefice.

Come sottolineato dalla letteratura femminista d'oltreoceano, puntare sull'assenza di colpevolezza in capo all'imputata, seppur da un punto di vista eminentemente pratico consenta a quest'ultima di andare esente da responsabilità penale, mal si concilia con l'obiettivo di giungere ad una adeguata comprensione della tematica della violenza domestica, oltre a portare con sé il rischio di perpetuare, anziché sconfiggere, gli stereotipi di genere.

Senza voler ribadire concetti che sono già stati espressi in precedenza, in questa sede ci si limita a sottolineare come l'applicazione di una causa scusante in un contesto quale quello in analisi veicolerebbe il messaggio che la donna merita di andare esente da pena in quanto "debole", "pazza", incapace di controllare le proprie emozioni e pulsioni, vittima impotente delle prevaricazioni cui viene quotidianamente sottoposta dal tiranno domestico. Tanto varrebbe, allora, invocare la disciplina del vizio totale di mente, dal momento che gli esiti pratici cui conduce (l'assoluzione per difetto di imputabilità, salva la eventuale applicazione di una misura di sicurezza) sono sostanzialmente gli stessi di quelli che derivano dall'applicazione della scusante, con l'unica differenza che, in tal caso, non ci sarebbe nemmeno bisogno di attendere l'intervento del legislatore, essendovi l'articolo 88 c.p.

Certo, è evidente che, anche facendo riferimento al citato articolo, non sia affatto scontato l'esito assolutorio per l'imputata, occorrendo pur sempre dimostrare che il

prestazione nonostante essa sia ostacolata da circostanze che rendono il suo impegno oltremodo gravoso o difficoltoso, può apparire in concreto contraria a correttezza: esigere l'adempimento, in tali condizioni, può costituire abuso del diritto del creditore. È su questa base che può fondarsi la distinzione tra impossibilità e inesigibilità della prestazione: situazione, quest'ultima, che si verificherebbe quando la prestazione, benché oggettivamente possibile, non sia esigibile alla luce della correttezza tra le parti".

perturbamento psichico in cui essa ha agito sia sussumibile entro il concetto di infermità, con esclusione della rilevanza degli stati emotivi e passionali *ex* articolo 90 c.p. Forse, in questo senso, l'introduzione di una scusante *ad hoc*, prescindendo dalla sussistenza di una malattia, potrebbe agevolare l'emissione di una sentenza assolutoria; tuttavia, si tratterebbe di una soluzione che, a ben vedere, servirebbe solo a forzare il sistema, garantendo sì l'impunità per la donna maltrattata, ma senza - come rilevato - apportare alcun significativo contributo alla lotta contro la violenza domestica. Del resto, l'obiettivo che anima la presente ricerca non è quello di esentare a tutti i costi la donna che ha ucciso il proprio carnefice dalla responsabilità penale (se fosse questo l'obiettivo, allora sì che avrebbe senso auspicare l'introduzione di una nuova causa di scusa, dal momento che si potrebbe fare leva sul sentimento di compassione e di umana comprensione suscitato dalla condizione *battered woman* per giustificare l'inopportunità di irrogare la sanzione penale nei suoi confronti), ma quello di vagliare, senza alcuna idea preconcepita, il possibile scenario giuridico che, tenuto conto della complessità del fenomeno della violenza domestica, si profila dinnanzi a tale caso.

3.7 Individuazione delle possibili soluzioni per la risoluzione dei casi che costituiscono l'obiettivo della presente ricerca: *de iure condito*

Al di là dell'introduzione di una specifica normativa appositamente pensata per la tutela delle donne maltrattate, ci si chiede se un'efficace soluzione alla tematica possa essere individuata attraverso gli strumenti giuridici attualmente previsti dall'ordinamento.

Nel corso dei precedenti capitoli e paragrafi sono state esaminate una serie di disposizioni normative che, almeno in astratto, possono trovare applicazione nella situazione in cui la *battered woman* ha agito, ovvero l'articolo 52 c.p., l'articolo 59 c.p. comma 4 e l'articolo 62 n. 2) c.p.

Cominciando con il prendere in considerazione la disposizione di cui all'articolo 62 n.2) c.p., si rileva come, nonostante la giurisprudenza abbia mostrato una maggiore apertura verso di essa, alcuni elementi strutturali della norma mal si conciliano con le peculiarità

dei casi che qui interessano³⁶⁹. Ci si riferisce, in particolare, al requisito dell'aver agito in stato d'ira, atteso che, di fronte ad un individuo posto in condizioni di inoffensività perché addormentato, narcotizzato o altro, è difficile ravvisare in capo alla donna quell'"*impulso emotivo incontenibile che comporta la perdita di ogni controllo delle proprie azioni da parte dell'agente a causa del mancato funzionamento dei freni inibitori*"³⁷⁰.

È vero che, come detto, la giurisprudenza e la dottrina sono d'accordo nell'intendere in maniera elastica il disposto della norma in esame, negando che l'immediatezza della reazione rientri tra i suoi requisiti strutturali; tuttavia, si richiede pur sempre che negli istanti immediatamente precedenti l'azione delittuosa si sia verificato un fatto, un gesto, o segnale che richiami alla mente dell'agente il fatto ingiusto ovvero, nel caso della donna maltrattata, i pregressi episodi di violenza subiti.

Tuttavia, se l'uomo nel momento in cui viene aggredito non poteva rappresentare una minaccia, ecco che diviene difficile scorgere quale sia stata la "miccia" che ha innescato la reazione della donna e, conseguentemente, ricondurre tale reazione entro i confini della provocazione³⁷¹.

Si consideri, inoltre, che nei casi in cui l'omicidio del tiranno domestico avviene mediante la somministrazione di sonniferi o tranquillanti si potrebbe l'aggravate della premeditazione, circostanza questa in contrasto - almeno secondo il prevalente orientamento - con la *ratio* che anima l'attenuazione del rigore sanzionatorio previsto dall'articolo 62 n. 2 c.p.

Prescindendo dal maggiore o minore rigore con cui i requisiti della provocazione vengono interpretati, va rilevato come l'azione delittuosa commessa dalla *battered woman* costituisce l'esito di una lucida valutazione dalla medesima condotta nella piena consapevolezza che quella che ha davanti potrebbe essere l'unica e ultima occasione per liberarsi dal suo carnefice, e non il frutto di una scelta dettata dalla rabbia del ricordo dei passati abusi subiti.

³⁶⁹ Si è più volte precisato come la presente ricerca si concentri soprattutto sui casi di uccisione del tiranno domestico avvenuti in un *non confrontational setting*, per utilizzare un'espressione d'oltreoceano.

³⁷⁰ Cass. sez. I n. 10696/1982

³⁷¹ In questo senso sembra esprimersi anche SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 437

Anche sotto questo profilo, dunque, l'attenuante della provocazione mal si attaglia ai casi in esame e la sua utilità appare limitata al prodursi di un'attenuazione del rigore sanzionatorio di fronte a vicende umane che, se considerate nella loro globalità, ripugnano - da un punto di vista morale e umano - all'applicazione di una pena che va da un minimo edittale di 24 anni di reclusione ad un massimo di anni 30 (cfr. articolo 577 comma 2 c.p.) e che, in caso di riconoscimento dell'aggravante della premeditazione, si tramuta in ergastolo³⁷².

L'applicazione della provocazione appare, in definitiva, una scelta poco coraggiosa: anche se si riconosce che la situazione in cui ha agito la donna non possa essere del tutto trascurata dal diritto penale, si preferisce ottenere tale scopo forzando la lettera dell'articolo 62 n. 2) c.p., piuttosto che interpretare in maniera estensiva - o financo analogica - taluni istituti che avrebbero consentito di giungere ad una più piena comprensione del fenomeno della violenza domestica³⁷³, ma che avrebbero portato con sé il rischio di rompere equilibri consolidati all'interno dell'ordinamento giuridico.

Per quanto riguarda, invece, la legittima difesa putativa, ci si esprime in senso contrario alla sua invocazione quale criterio risolutivo per le ipotesi particolari di legittima difesa di cui ci si occupa.

In primo luogo, va osservato come l'applicazione della legittima difesa putativa osti la mancanza di un criterio alla stregua della quale dimostrare la ragionevolezza della condotta tenuta dalla donna; si è, infatti, visto nel corso del precedente paragrafo come la BWS, nonostante il largo impiego da parte dei difensori delle *battered women*, non sia affatto idonea a svolgere a tale funzione, in considerazione dei numerosi profili

³⁷² Seppur con riferimento all'ordinamento nord-americano, critica l'atteggiamento eccessivamente conservatore della giurisprudenza FAIGMAN, *Discerning Justice when battered woman kill* in *Hastings L. J.*, 1987, 210 ss. A tale atteggiamento, osserva l'A., fa tuttavia seguito l'adozione di una serie di misure "tappabuco" (tra cui, nello specifico, la gradazione della pena in senso favorevole all'imputata) per cercare di mitigare la risposta sanzionatoria di fronte ad una situazione concreta in cui la rigida applicazione del diritto penale apparirebbe più ingiusta che giusta. Sul punto si veda anche SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 412-413, la quale, riferendosi alle pronunce giurisprudenziali citate nel corso della sua opera, si esprime nei seguenti termini: "i casi esaminati confermano la presenza di un simile trend; anche in queste occasioni la giurisprudenza, tendenzialmente conservatrice, ha preferito interpretare la norma sulla legittima difesa in maniera tradizionale, salvo poi utilizzare, sia in sede di decisione (sull'an o sul titolo della responsabilità o sul quantum della pena), sia successivamente, in sede di esecuzione, una serie di correttivi che mitigassero il rigore della soluzione *secundum legem*".

³⁷³ Il riferimento è, in particolare, alla legittima difesa, come si dirà meglio.

critici che essa presenta, *in primis*, quello relativo all'assoluta mancanza di fondamento scientifico.

La BWS, in definitiva, nonostante sia stata il grimaldello attraverso cui l'esperienza e l'umana sofferenza delle donne maltrattate hanno fatto ingresso all'interno delle aule di giustizia, è una teoria che può dirsi ormai definitivamente superata, sicché la sua importazione nel nostro sistema giuridico, al di là delle diversità ordinamentali³⁷⁴, sarebbe destinata a degli esiti fallimentari.

Anche se la teoria in questione non è stata ancora sostituita da altra in grado di spiegare, in termini di sufficiente persuasività e con un certo rigore scientifico e metodologico³⁷⁵, la ragionevolezza della condotta della *battered woman*, non è tuttavia questo il principale ostacolo che si frappone all'applicazione della scriminante putativa.

Siccome quest'ultima si fonda sul presupposto che almeno uno degli elementi costitutivi della legittima difesa non esiste nella realtà ma solo nella mente del soggetto agente, delle due l'una: o s'individua la causa di tale errore in un perturbamento psichico che non ha consentito all'agente di ponderare attentamente e con lucidità la situazione che aveva dinanzi, oppure la genesi dell'errore medesimo deve essere ravvisata nella pregressa condotta del tiranno domestico, dalla quale, al momento dell'azione, era

³⁷⁴ Si pensi, solo per fare un esempio, alle difficoltà di individuare all'interno del codice di procedura penale una figura corrispondente a quella dell'*expert testimony*, posto che il perito, pur essendo un soggetto chiamato a testimoniare nel processo in virtù delle particolari cognizioni tecniche di cui è in possesso, trova un limite invalicabile alla sua attività, come già evidenziato, nel divieto di perizia criminologica di cui all'articolo 220 c.p.p.

³⁷⁵ Di contrario avviso SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 517 ss. L'A. reputa, infatti, che i casi particolari di legittima difesa di cui si è occupata - tra cui rientra anche quello delle *battered women* - possano essere risolti mediante l'impiego di un modello di legittima difesa putativa "arricchito". Tale modello, in particolare, si risolve nell'adozione di un parametro di natura mista per la valutazione della ragionevolezza dell'errore, in quanto, pur abbandonando definitivamente la figura della *battered woman* tipo, in quanto ritenuta, oltre che scientificamente inadeguata a rivestire tale ruolo, eccessivamente intrisa di elementi soggettivi, esso non ricade integralmente in un paradigma oggettivo. Il riferimento è al paradigma della persona ragionevole chiamata ad agire nelle medesime circostanze in cui ha agito la donna maltratta, paradigma ritenuto in grado di contemperare tra loro gli aspetti oggettivi e soggettivi del giudizio di ragionevolezza, senza contrastare con l'interpretazione maggioritaria in tema di scriminanti putative: "A tale scopo non occorre far riferimento alla categoria vittimologia della donna maltrattata, [...] è sufficiente considerare che chiunque, uomo o donna che sia, nella posizione dell'agente, nella posizione dell'agente [...], vedendo ciò che egli vede e conoscendo ciò che egli conosce (la pericolosità dell'avversario, che gli è nota per esperienza diretta - per aver subito in passato maltrattamenti brutali e continui -, o che egli desume in via indiretta, dall'atteggiamento corporeo dell'altro, dal suo linguaggio, dall'aspetto esteriore o dalla cattiva reputazione), di fronte ad una o più minacce di un terribile ed ingiusto male [...], non esiterebbe a giudicare ragionevole un'immediata ed altrettanto intensa reazione".

ragionevole attendersi un epilogo altamente lesivo dell'incolumità personale nei confronti dell'autrice del fatto³⁷⁶.

In merito alla prima delle alternative descritte, è sufficiente osservare come essa presenti il medesimo difetto di impostazione di fondo sottolineato a proposito dell'applicazione dell'attenuante della provocazione: perpetuare gli stereotipi di genere, facendo apparire la donna come un soggetto infermo, non in grado di contrastare le pulsioni che albergano all'interno del suo animo. Quanto, invece, alla seconda di dette alternative, seppur pregevole nello sforzo di riportare la situazione della donna maltratta entro una dimensione di ragionevolezza oggettiva, non appare condivisibile proprio in relazione alla scelta della norma penale da applicare.

Nel corso del precedente capitolo, si è, infatti, visto come, secondo un'autorevole dottrina, il concetto di pericolo alla base degli istituti di diritto penale che contemplano all'interno della loro struttura elementi di natura prognostica, tra cui la legittima difesa, debba essere inteso in una prospettiva *ex ante*, tenendo conto di tutte le circostanze concrete presenti al momento dell'azione. La valutazione, invece, delle circostanze, pur presenti al momento dell'azione, ma venute a conoscenza del soggetto agente in un momento successivo, può sì venire in rilievo ma in chiave integrativa, al fine di correggere le storture cui si andrebbe incontro tralasciando completamente la dimensione *ex post*³⁷⁷. In questo senso, dunque, l'adozione di un angolo visuale *ex post* consente di ampliare i confini della nozione di pericolo - e, di conseguenza, anche quelli della scriminante della legittima difesa -, atteso che in questo modo vengono ricompresi all'interno di detta nozione anche i casi in cui le probabilità di verificazione di un evento offensivo per il bene giuridico tutelato, in base ad una valutazione *ex ante*, appaiano nulle o, comunque, prossime allo zero. Al contrario, la prospettiva in analisi non vale a restringere il campo di applicazione del concetto di pericolo, dal momento che, per ritenere integrato tale concetto, è sufficiente che il giudizio prognostico *ex ante* a base parziale dia esito positivo.

Alla luce di quanto osservato, si reputa, dunque, che la seconda delle alternative sopra prospettate debba essere più correttamente inquadrata entro il perimetro della legittima

³⁷⁶ Sembra essere questa la posizione di SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit.

³⁷⁷ Si tratta di considerazioni che hanno già costituito oggetto di un'ampia trattazione nel capitolo II e che corrispondono al pensiero di DE VERO, *Le scriminanti putative* cit.

difesa e non in quello della putativa, a meno che il soggetto agente abbia errato (a causa del suo stato emotivamente alterato) nella valutazione delle circostanze presenti al momento dell'azione, dando per presenti elementi di fatto, in realtà, inesistenti.

Ed è proprio la legittima difesa che, a parere di chi scrive, se correttamente interpretata, è in grado di fornire una soluzione soddisfacente ai casi al centro della presente attività di ricerca³⁷⁸.

Tale soluzione, infatti, appare quella maggiormente efficace in termini di costi-benefici, atteso che permette di adottare un approccio sociologico per comprendere le dinamiche celate dietro i casi di violenza domestica, evitando, al contempo, il prodursi degli effetti di vittimizzazione secondaria e di clinicizzazione del fenomeno (conseguenze cui si va, invece, fatalmente incontro la BWS e, in generale, tutte le soluzioni che si concentrano sullo stato emotivamente alterato della donna maltrattata).

Valorizzando tale approccio, diventa, dunque, di fondamentale importanza concentrarsi non sullo *status* psicologico della donna maltrattata, bensì sull'esistenza di efficaci rimedi predisposti dall'ordinamento per ovviare alla situazione in cui si trova.

Il dato certo è che nel corso degli anni numerosi progressi sono stati compiuti in tal senso (si pensi all'introduzione degli ordini di protezione, all'arricchimento delle misure cautelari con quelle dell'allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, nonché alla recentissima introduzione della "misura precautelare" dell'allontanamento urgente dalla casa

³⁷⁸ In senso contrario SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa* cit., 488-489, laddove si evidenzia come, al fine di applicare la legittima difesa (ma le medesime considerazioni sono svolte anche a proposito della *self-defense*) alla donna maltrattata, si renda indispensabile un intervento del legislatore sul testo della disposizione. Il principale ostacolo che, infatti, impedisce di riconoscere la legittima difesa in favore della *battered woman* è rappresentato dalla presenza del requisito della attualità all'interno della struttura della scriminante che, secondo l'A., né un'interpretazione estensiva né una analogica, consentono di superare, rendendolo compatibile con la situazione di fatto in cui ha agito la donna. Sotto questo punto di vista, viene respinta la proposta elaborata da ROSEN, *On self defense* cit., 376 ss. di eliminare, in ossequio alla concezione graduata della scriminante, il requisito dell'attualità dalla struttura della *self-defense* tutte le volte in cui esso impedisca a quello sovraordinato della necessità di operare correttamente; si osserva, infatti, che in tal modo si agirebbe sul testo della causa di giustificazione, manipolandone la struttura, in assenza di un intervento da parte del legislatore. Analoghe osservazioni vengono svolte anche in relazione al tentativo di *bypassare* l'attualità del pericolo chiamando in causa una nozione di pericolo perdurante, di modo che, già al momento del compimento della condotta delittuosa, il requisito in esame possa dirsi integrato, alla luce della situazione fattuale presente in tale momento. Secondo l'A., infatti, siffatta interpretazione comporterebbe la surrettizia aggiunta di un ulteriore elemento all'interno della fattispecie della scriminante, ovvero il carattere attuale della necessità della reazione difensiva.

familiare), anche se spesso si ha l'impressione che non sia stato fatto ancora abbastanza³⁷⁹.

Tale impressione, peraltro, risulta confermata dalla recente condanna pronunciata dalla Corte di Strasburgo nei confronti dello Stato italiano per non aver fornito un'adeguata protezione ad una donna che aveva denunciato i gravi maltrattamenti cui il marito sottoponeva sia lei che il figlio.

Nello specifico, si legge nella citata sentenza che, nonostante la denuncia-querela sporta dalla donna, nessun atto d'indagine era stato compiuto nell'immediatezza da parte della Procura della Repubblica competente sulla vicenda, cosicché, non solo non era stata adottata alcuna misura cautelare volta a prevenire il rischio di una precipitazione della situazione, ma la donna era stata sentita solo dopo 7 mesi dalla denuncia, quando ormai aveva già deciso di ritrattare tutte le accuse in precedenza rivolte al marito. A fronte di tale ritrattazione, il P.M. chiedeva l'archiviazione per il delitto di maltrattamenti in famiglia e disponeva lo stralcio, con contestuale trasmissione per competenza, degli atti al giudice di pace per il delitto di lesioni personali.

Pochi giorni dopo aver ricevuto la citazione a comparire dinnanzi al giudice di pace, l'uomo si rendeva responsabile dell'omicidio del figlio e del tentato omicidio della moglie, delitti per i quali nel 2015 è stato condannato alla pena dell'ergastolo, insieme a quelli di maltrattamenti in famiglia e porto abusivo di armi.

Di fronte a tale scenario, la Corte EDU ha riscontrato la violazione di diverse disposizioni della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Innanzitutto, è stato osservato che il ritardo con cui sono stati compiuti gli atti d'indagine per verificare la fondatezza della notizia di reato integra la violazione degli articoli 2 e 3 della Cedu, dal momento che non sono state adottate tutte quelle azioni positive³⁸⁰ richieste al fine di salvaguardare in maniera adeguata il bene vita, seriamente messo in pericolo dalla condotta del denunciato, così consentendo la perpetuazione

³⁷⁹Cfr. CORTE EDU, sezione I, 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*, consultabile su www.dirittopenalecontemporaneo.it, con nota di CASIRAGHI, *La Corte di Strasburgo condanna l'Italia per la mancata tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *diritto penale contemporaneo*, 3, 2017, 378 ss.

³⁸⁰ Tra le azioni positive omesse dallo Stato italiano rientra la mancata instaurazione di “*un procedimento penale effettivo e tempestivo*”, omissione che ha contribuito a creare il clima in cui è poi maturato l'omicidio del figlio e il tentato omicidio della moglie del denunciato.

degli abusi³⁸¹. E' stata ulteriormente riscontrata la violazione del divieto di discriminazione di genere di cui all'articolo 14 della Convenzione, evidenziando come l'atteggiamento lassista dello Stato italiano abbia, di fatto, significato che la condotta serbata da parte dell'uomo è stata tollerata, e dunque approvata, da parte dello Stato italiano³⁸².

I primi commentatori della pronuncia in esame hanno, peraltro, evidenziato come ciò che ha determinato la responsabilità dello Stato italiano per la mancata protezione degli interessi della ricorrente non sia stata la mancata predisposizione, a livello normativo, di strumenti utili alla salvaguardia degli interessi della medesima, *in primis* il diritto alla vita, ma la loro inattuazione pratica da parte degli organismi a ciò deputati.

Si tratta di un'osservazione pienamente condivisa che coglie nel segno.

Difatti, osservando il panorama normativo italiano, si nota come, soprattutto negli ultimi anni, sulla spinta di una maggiore sensibilizzazione sull'argomento prodotta dagli organismi internazionali di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo³⁸³, siano state introdotte talune previsioni normative particolarmente efficaci nel contrasto alla violenza di genere³⁸⁴.

³⁸¹ La Corte ha osservato in proposito che le vessazioni, sia psicologiche che corporali, cui la donna è stata sottoposta da parte del marito devono essere qualificate, per la loro gravità, come maltrattamenti da ricondurre nell'ambito di applicazione dell'articolo 3 Cedu che pone il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti.

³⁸² Nella sentenza in esame, i giudici hanno fatto riferimento alla tendenza dell'Italia a sottostimare la gravità del fenomeno della violenza domestica e, in generale, della violenza di genere, come emerso da una serie di rapporti predisposti da organismi nazionali e internazionali (si pensi, tanto per fare un esempio, al rapporto ombra redatto dalla special reporter dell'ONU Rashida Manjoo nel 2012 cui si è fatto cenno nella parte introduttiva dell'elaborato) impegnati a monitorare la situazione e i progressi fatti dallo Stato italiano nella lotta a tutte le forme di discriminazione di genere.

³⁸³ La capacità degli organismi internazionali di porsi quali fonti di obblighi per lo Stato Italiano discende direttamente dal comma 1 dell'articolo 117 della Costituzione, così come riformulato a seguito a seguito della legge costituzionale 2001 n. 3.

³⁸⁴ Per quanto riguarda le novità introdotte con quello che mediaticamente è stato nominato il decreto contro il femminicidio (D.L. 2013 n. 93, conv. in L. 2013 n. 119), si rimanda alla parte introduttiva dell'elaborato, ove si è già dato sinteticamente conto delle novità introdotte. Sempre sul tema dell'implementazione degli strumenti predisposti in favore delle vittime di violenza domestica si ricorda il dl.gs n. 212 del 2015 con cui è stata recepita nell'ordinamento italiano alla direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, con cui è stata sostituita la decisione quadro 2001/220/GAI. Mediante il citato decreto legislativo sono state modificate talune previsioni del codice di procedura penale e introdotte delle nuove che appaiono particolarmente degne di nota nel contrasto violenza domestica, in quanto hanno dotato la persona offesa del reato di significativi poteri informativi in ordine allo svolgimento e alla partecipazione attiva al processo penale e hanno, altresì, predisposto una serie di misure protettive nei confronti della neo-introdotta categoria delle *vittime particolarmente vulnerabili* (si

Tra le innovazioni di maggior rilievo si segnalano l'introduzione con legge 2001 n. 154 del titolo IX *bis* del codice civile, intitolato ordini di protezione contro gli abusi familiari, e l'ampliamento del novero delle misure cautelari che possono essere emesse dal giudice, mediante la previsione, dapprima, dell'allontanamento dalla casa familiare ex art. 282 *bis* c.p.p.³⁸⁵ e, successivamente, del divieto di avvicinamento ai luoghi della persona offesa ex art. 282 *ter* c.p.p.³⁸⁶, misure queste che debbono entrambe accompagnarsi alle comunicazioni (all'autorità di pubblica sicurezza competente per l'adozione dei provvedimenti in materia di armi e munizioni, alla persona offesa e ai servizi socio-assistenziali del territorio) di cui all'articolo 282 *quater* c.p.p.³⁸⁷.

Si tratta di due rimedi giuridici dal contenuto solo in apparenza sovrapponibile.

Invero, nonostante anche le misure protettive emesse ai sensi dell'art. 342 *ter* c.c. si sostanzino nell'allontanamento della casa familiare del coniuge (o del convivente) che ha tenuto la condotta pregiudizievole, cui può aggiungersi eventualmente il divieto di avvicinamento, i rispettivi presupposti applicativi e le finalità sono diversi.

Tra le differenze più significative³⁸⁸, si segnala che l'ordine di protezione, al contrario delle misure cautelari di cui agli articoli 282 *bis* e 282 *ter* c.p.p., può essere emesso anche a prescindere della configurabilità di un reato e presenta un contenuto, oltre che personale, patrimoniale, atteso che il giudice può sempre ordinare il pagamento di una somma di denaro periodica nei confronti dei componenti il nucleo familiare che, per effetto dell'allontanamento, rimangono sprovvisti di sufficienti mezzi economici. L'ordine di protezione, inoltre, prevedendo che il giudice possa richiedere l'intervento

pensi alle modifiche che hanno investito l'articolo 351 comma 1 *ter* c.p.p. e la corrispondente norma di cui all'articolo 362 comma 1 *bis* c.p.p., prevedendo l'obbligo, rispettivamente, per la Polizia Giudiziaria e per il Pubblico Ministero, di procedere all'assunzione di sommarie informazioni da parte di una vittima particolarmente vulnerabile alla presenza di un esperto in psicologia nominato dallo stesso Pubblico Ministero, oppure all'introduzione, tra in casi in è possibile procedere ad incidente probatorio, dell'assunzione della testimonianza da parte di una vittima particolarmente vulnerabile, a prescindere dall'età o dalla tipologia di reato o, ancora, alle limitazioni in dibattimento, ai sensi dell'articolo 190 *bis* comma 1 *bis* c.p.p., alla facoltà di assumere la testimonianza da parte di una vittima particolarmente vulnerabile).

³⁸⁵ Anche tale misura è stata introdotta con la legge 2001 n. 154, nell'ambito della lotta alla violenza nelle relazioni familiari.

³⁸⁶ Misura introdotta con D.L. 2009 n.11, conv. in L. 2009 n. 38

³⁸⁷ Misura introdotta con D.L. 2009 n.11, conv. in L. 2009 n. 38.

³⁸⁸ Per un un maggiore approfondimento in tema di ordini di protezione contro gli abusi familiari si rimanda a MINNELLA, *Ordine di protezione contro gli abusi familiari: nel bilanciamento di interessi prevale quello delle vittime di maltrattamenti* in Giur. Merito, 2, 2013, 296 ss.

dei servizi sociali territoriali o di un centro di mediazione, appare muoversi in un orizzonte più ampio rispetto a quello penale, in quanto, oltre a perseguire l'obiettivo di neutralizzare la condotta pregiudizievole, mira alla ricostituzione del nucleo familiare e alla composizione dei conflitti insorti al suo interno, come testimonia il loro carattere temporaneo³⁸⁹.

Tuttavia, la differenza più rilevante risiede nei rispettivi procedimenti applicativi: l'articolo 736 bis c.p.c., prevede, quale regola generale, che tali ordini vengono emessi all'esito del contraddittorio con la persona la cui libertà si vorrebbe restringere, ad eccezione dei casi di particolare urgenza, ove, invece, il decreto che dispone le misure può anche essere emesso *inaudita altera parte*, salva l'attivazione del contraddittorio nei successivi 15 giorni; al contrario, le misure di cui agli articoli 282 *bis* e *ter* c.p.p. vengono disposte dal giudice senza coinvolgere l'indagato, atteso che, diversamente, ne verrebbe completamente vanificata l'efficacia.

L'aspetto da ultimo evidenziato spiega la ragione per la quale gli ordini di protezione siano rimasti lettera morta nel codice civile; è chiaro, infatti, che in caso di condotte gravemente pregiudizievoli per l'integrità fisica e/o morale del coniuge - o del convivente -, questi preferisca ricevere tutela attraverso lo strumento penale, il quale oltre ad essere più rapido ed efficiente, lo espone a rischi minori³⁹⁰.

Al di là delle divergenze tra rimedio civilistico e quello penalistico, il dato che preme evidenziare in questa sede è come la donna maltrattata abbia a propria disposizione degli importanti strumenti per uscire dalla spirale della violenza, a patto che tali strumenti vengano azionati in maniera tempestiva da parte delle autorità pubbliche. Peraltro, la tempestività dell'intervento, almeno con riferimento alle misure cautelari

³⁸⁹ La durata di tali ordini non può superare l'anno, periodo durante quale può essere esperito il tentativo di riconciliazione tra i coniugi (ovvero tra i conviventi). Scaduto tale termine che può essere prorogato qualora ricorrano gravi motivi e per il tempo strettamente necessario, nel caso in cui non si sia verificata la riconciliazione, la procedura solitamente sfocia nelle procedure di separazione e di divorzio. Per quanto riguarda, invece, le misure cautelari, si applicano i termini di durata - di fase e finali - previsti dall'articolo 303 c.p.p., i quali tuttavia, assolvono ad una funzione del tutto diversa rispetto al termine apposto all'efficacia degli ordini di protezione, dal momento che mirano a garantire l'indagato - presunto innocente sino alla condanna definitiva - dal rischio di un'eccessiva e ingiustificata durata del processo e delle singole fasi di cui si compone.

³⁹⁰ Si consideri, infatti, che in caso di trasgressione del provvedimento impartito ai sensi dell'articolo 342 *ter* c.c. si discute in ordine all'eventuale configurabilità del delitto di cui all'articolo 388 c.p. (mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice), mentre in caso di violazione degli articoli 282 *bis* e *ter* c.p.p. il giudice può ordinare l'aggravamento della misura cautelare (cfr. art. 276 c.p.p.).

previste dal codice di procedura penale, dovrebbe essere garantita proprio in forza della natura di dette misure, le quali annoverano tra i propri presupposti, oltre ai gravi indizi della commissione di un reato, l'attualità del pericolo³⁹¹.

Va, peraltro, segnalato come, di recente, la Suprema Corte abbia aggiunto in via interpretativa un ulteriore tassello nella direzione della salvaguardia delle vittime di violenza domestica, cercando di porre rimedio ad alcune incongruità del sistema che, seppur fisiologiche, di fatto, vanificano l'efficacia del rimedio cautelare.

Si consideri, infatti, che, poiché la cornice edittale dei maltrattamenti in famiglia, nell'ipotesi non aggravata di cui al comma 1 va da un minimo di anni 2 di reclusione ad un massimo di anni 6, spesso al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna, vuoi per la tendenza dei giudici ad assestare la pena intorno al minimo edittale (soprattutto quando l'imputato non ha precedenti penali, nonostante l'intervenuta modifica dell'articolo 62 bis c.p.), vuoi per la scelta di riti processuali alternativi, la pena da scontare non supera gli 3 anni di reclusione; in tal caso, in forza dell'articolo 656 comma 5 c.p.p., qualora non ricorrano le ipotesi di cui ai commi 9 e 10 del medesimo articolo (ovvero che il condannato non si trovi in custodia cautelare in carcere o sottoposto al regime degli arresti domiciliari e che la condanna non sia per i c.d. reati ostativi³⁹²), la pena irrogata non viene eseguita, ma sospesa, in attesa che il condannato presenti eventuale istanza di accesso alle misure alternative alla detenzione.

È chiaro che, di fronte a tale quadro normativo, la sanzione inflitta con la sentenza di condanna e, prima ancora, l'eventuale misura cautelare diversa da quella custodiale, rischiano di essere vanificate qualora il coniuge maltrattante si dimostri insensibile al richiamo e alla funzione rieducativa svolta dalla misura alternativa alla detenzione.

Ebbene, come accennato, la Cassazione³⁹³, onde eliminare almeno in parte gli inconvenienti che si sono venuti a creare con l'abrogazione - ad opera del D.L. 78/2013 conv. in L. 93/2013 - del comma 2 dell'articolo 572 c.p. e, conseguentemente, con l'eliminazione dello stesso dal novero dei reati ostativi alla sospensione dell'esecuzione,

³⁹¹ Degno di nota è l'intervento del legislatore (L.2015 n. 47) sul testo dell'articolo 274 c.p.p. che ha aggiunto l'aggettivo "attuale" alle specifiche esigenze cautelari in presenza delle quali possono essere adottati provvedimenti restrittivi della libertà dell'indagato.

³⁹² Tra i quali rientrava l'articolo 572 comma 2 c.p., prima della sua abrogazione per effetto del D.L. 78/2013 conv. in L. 93/2013.

³⁹³ Il riferimento è a Cass., I, 7 dicembre 2016 n. 52181.

ha recentemente statuito che, per effetto del rinvio mobile del comma 9 dell'articolo 656 c.p.p. al comma 2 dell'articolo 572 c.p., l'ordine di esecuzione non può essere sospeso qualora la condanna sia per il delitto di maltrattamenti in famiglia aggravato ai sensi dell'articolo 61 n.11 *quinqüies* c.p.³⁹⁴.

La Suprema Corte ha fondato il proprio convincimento sulla sostanziale continuità normativa tra l'abrogato articolo 572 comma 2 c.p. e la circostanza aggravante di cui all'articolo 61 n. 11 *quinqüies* c.p. (introdotta sempre con il medesimo provvedimento normativo che ha disposto l'abrogazione del citato articolo); tuttavia, a prescindere dalle argomentazioni adottate a sostegno della pronuncia, l'aspetto che va rimarcato è dato dal grado di attenzione dimostrato dai giudici nei confronti dei casi di violenza domestica, che si è persino risolto in un maggiore vantaggio per le donne maltrattate. Infatti, prima dell'abrogazione del comma 2 dell'articolo 572 c.p. l'ordine di esecuzione poteva essere sospeso solo se il fatto era stato commesso (anche) nei confronti di un minore degli anni 14, mentre ora, per effetto dell'interpretazione propugnata dalla Cassazione, anche se la condotta è stata posta in essere alla presenza di un minore degli anni 18.

Sempre nel solco di una maggiore attenzione al fenomeno della violenza penetrata all'interno delle mura domestiche, si segnalano delle recenti pronunce emesse dai giudici di prime cure³⁹⁵ con cui, in considerazione della gravità dei maltrattamenti e della caratura criminale del condannato, è stata disposta nei confronti di quest'ultimo, una volta scontata la pena inflitta con la sentenza di condanna, la misura di sicurezza della sorveglianza speciale con divieto di soggiorno in determinati Comuni³⁹⁶.

³⁹⁴ “*l'aver, nei delitti contro la vita e la incolumità personale commesso il fatto, in presenza o in danno di una persona minore di anno 18 o in danno di persona in stato di gravidanza*”

³⁹⁵ Il riferimento è ai decreti rispettivamente emessi dal Tribunale Roma in data 3 aprile 2017 e dal Tribunale Palermo in data 1 giugno 2017. Peraltro, una analoga richiesta di emissione di una misura di sicurezza è stata avanzata anche da parte della Procura della Repubblica di Tivoli in data 12.06.2017, segno questo, di come il rimedio in esame non sia destinato a rimanere isolato nel panorama giurisprudenziale italiano.

³⁹⁶ Il Tribunale di Roma, fra le prescrizioni impartite con l'inflizione della misura di sicurezza, ha anche previsto il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla vittima, così ricalcando, in buona sostanza, il contenuto delle misure di sicurezza di agli articoli 282 *bis* c.p.p. e 282 *ter* c.p.p.

Per giustificare l'adozione dei provvedimenti in parola è stata fatta leva sia sulle pregresse condotte poste in essere dal condannato³⁹⁷ sia sulla totale mancanza di ravvedimento da questi dimostrata durante l'esecuzione della pena³⁹⁸, a testimonianza di come il problema della violenza di genere sia stato affrontato e collocato entro più ampia prospettiva, tenendo conto dello scenario che si apre dopo l'esecuzione della pena, quando non sempre le esigenze di tutela delle donne possono dirsi affievolite e, non di rado ha inizio una nuova e pericolosa fase nei rapporti con il carnefice.

In ultimo, fra gli strumenti a disposizione di coloro che hanno subito violenza domestica non vanno tralasciate tutte quelle forme di aiuto e di sostegno, sia materiale sia psicologico, che provengono da parte di istituzioni e organismi non statali (si pensi, ad esempio, all'istituzione dei centri antiviolenza e delle case rifugio ove le donne maltrattate possono trovare ospitalità insieme ai figli minori per un certo periodo di tempo che spesso coincide con gli istanti immediatamente successivi alla scelta di abbandonare il tetto coniugale o di denunciare l'accaduto); spesso, infatti, è proprio grazie all'attività svolta da tali organismi che le donne riescono ad acquistare piena consapevolezza della gravità della situazione e a muovere il primo passo verso la riconquista di una piena autonomia di vita.

Se le opportunità offerte alle donne per uscire dalla condizione di oppressione non mancano e numerosi progressi in tale direzione continuano ad essere svolti, nondimeno, come testimoniato dalla recente condanna dello Stato Italiano da parte della CEDU, non

³⁹⁷ Trib. Roma cit: *“Colpisce, dalla lettura della motivazione della sentenza di condanna, la protratta condotta violenta del proposto che ha creato un vero e proprio regime di terrore nel nucleo familiare costretto a vivere in condizioni fisiche e psicologiche davvero agghiaccianti.*

Il proposto emerge, pertanto quale soggetto abitualmente dedito ad attività violente da anni, anche con causazione di lesioni fisiche (almeno dal 2011) e che per la sua spiccata violenza pericoloso per la sicurezza pubblica e l'incolumità fisica e morale del figlio minorenni”.

³⁹⁸ Trib. Roma cit: *“L'attualità della pericolosità è confermata dalla misura custodiale applicata e dalla evidente volontà del proposto di reiterare condotte violente. Tale volontà emerge sempre dalla medesima sentenza: il presente giudice ritiene fondato il timore che — non appena l'imputato ne avrà la possibilità, svincolato da forme coattive di restrizione possibili pericoli per l'incolumità del nucleo familiare possano residuare, non essendosi vista, nei comportamenti del soggetto, alcun barlume di resipiscenza.*

Va anche sottolineato che il proposto ha manifestato e manifesta un atteggiamento del tutto sprezzante della legge, sia delle norme che disciplinano l'ordinamento penitenziario, sia più in generale delle norme penali, come dimostrato dal fatto che si è rifiutato di firmare e ritirare copia dell'avviso della odierna udienza. Ciò rende assolutamente concreta e attuale la pericolosità sociale del soggetto e la probabilità di comportamenti offensivi della sicurezza pubblica e dell'incolumità fisica e morale del figlio minorenni”.

sempre tali opportunità si tramutano in un'effettiva rottura della spirale di violenza. Ciò può dipendere da molti fattori, *in primis* dalla mancanza di una cultura e di una sensibilità di genere ben radicate all'interno della società, le quali, con una frequenza maggiore di quanto ci si aspetti, portano a sottovalutare la gravità della situazione denunciata, impedendo così un'efficace e tempestivo intervento delle autorità pubbliche.

Pertanto, nonostante il maggior interventismo delle autorità pubbliche nella materia *de qua* abbia sensibilmente ridotto gli spazi entro cui l'autotutela privata può insinuarsi, nondimeno, non può dirsi radicalmente preclusa la possibilità di ricorrere alla legittima difesa per le donne maltrattate.

Piuttosto, l'applicazione dell'articolo 52 c.p. andrà riconosciuta all'esito di una valutazione caso per caso e in concreto, dopo un attento vaglio dei rimedi a disposizione della donna, della condotta da essa serbata e dalle risposte ricevute da parte degli organi deputati alla sua salvaguardia.

Qualora, nonostante le ripetute richieste di aiuto alle forze di polizia e alla magistratura, la donna non abbia ottenuto l'attivazione di efficaci misure a protezione della propria incolumità e di quella dei figli, allora il requisito della necessità dell'azione difensiva dovrà dirsi integrato, atteso che nei suoi confronti non si profilavano serie alternative rispetto all'uccisione del carnefice.

Alle medesime conclusioni deve pervenirsi con riferimento al requisito della proporzionalità: di fronte alla brutalità degli attacchi del coniuge maltrattante (purché questi non siano limitati a delle sporadiche lesioni di lieve entità) e alle continue minacce di morte, la donna è sempre esposta al rischio del bene giuridico supremo, non potendo prevedere con il momento esatto in cui il suo oppressore passerà dalle parole ai fatti.

In merito, invece, al requisito che ha destato maggiori perplessità, ovvero quello della attualità del pericolo, si propende per una interpretazione estensiva che, sulla falsariga della tesi della difesa più efficace³⁹⁹, valuti la sussistenza di tale requisito qualora sia stato possibile accertare - sempre sulla scorta di un'attenta analisi di tutte le circostanze concrete, le quali, o per la brutalità degli attacchi o per la gravità delle minacce, portano

³⁹⁹ Teoria elaborata in Germania e oggetto di trattazione nel primo capitolo dell'elaborato.

a ritenere ormai prossimo il “punto di non ritorno” - che, un’eventuale procrastinazione dell’azione difensiva, avrebbe privato quest’ultima di qualsiasi efficacia.

Del resto, un’apertura nei confronti di siffatta interpretazione del concetto di attualità era già stata sostenuta in passato da un illustre esponente della dottrina penalistica italiana⁴⁰⁰, segno la dottrina della difesa più efficace, pur essendo sorta in un ordinamento diverso da quello italiano, non presenta un’incompatibilità di fondo con la struttura dell’articolo 52 c.p.

⁴⁰⁰ Il riferimento è a PADOVANI, (voce) *Legittima difesa* cit., 501 ss.

BIBLIOGRAFIA

- ADAMI C., Violenza sessuale e relazioni violente [...] sulle donne, Franco Angeli, 2000.
- ALTAVILLA, (voce) Difesa legittima, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. V, 1960
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2003
- BATTAGLINI, Sulla legittima difesa in *Riv. it. dir. pen.*, 1933
- BEALE, Retreat from murderous assault, *Harvard L. Rev.*, 190
- BELLAGAMBA, I problematici confini della categoria delle scriminanti, 2007
- BERNARDI, Le donne al tempo della Riforma, in *EncycloMedia on line*, Storia della Civiltà Europea
- BETTIOL, *Diritto penale: parte generale*, 1982
- BLACKSTONE, *Commentaries on the law of England*, 1765-1769
- BRADFIELD, Women who kill: lack of intent and diminished responsibility as other defenses to spousal Homicide in *Current issues in criminal justice*, 2001
- CARRARA F, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, I, 1977
- CASIRAGHI, La corte di Strasburgo condanna l'Italia per la mancata tutela delle vittime di violenza domestica e di genere, in *diritto penale contemporaneo*, 3, 2017, 378 ss.
- CAVALIERE, L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica, 2002
- CIVOLI, *Trattato di diritto penale. Parte generale I*, 1912
- CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, II, 1831
- COLACI, A proposito della provocazione putativa in *Arch. Pen.*, 1966
- COSTA, (voce) *Provocazione* in *N. Dig. It.*, X, 1939
- COUGHLIN, Excusing women in California *L. Rev.*, 1994
- CROCKER, The meaning of equality for battered women who kill men in self-defense in *Harvard Women's Law Journal*, 1985
- DE FRANCESCO, Il "modello analitico" fra dottrina e giurisprudenza: dogmatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato, in *Riv. it. dir. pen.*, 1991
- DE FRANCESCO, La proporzione nello stato di necessità, 1978
- DE MAGLIE, Multiculturalismo e diritto penale. il caso americano in *Riv. it. dir. pen.*, 2005
- DE VERO, Le scriminanti putative in *Riv. it. dir. Pen.*, 1998,
- DOLCE, (voce) *Esimenti*, in *Enc. Giur.*, XV

DOLCE, Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale, 1957

DONINI, Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato, 1991

DONOVAN - WILDMAN, Is the reasonable man obsolete? A critical perspective on self-defense and provocation in Loyola of Los Angeles L. Rev., 1980-1981

DORÈ, Downward adjustmnet and the slippery slope: the use of duress in defense of battered offenders in Ohio Stase L. Journal, 1995

DOYLE, Gender inequality in the law: Definciencies of battered woman Syndrome and a new solution to closing the Gender Gap in self-defense law in CMC Senior Theses. Paper

DRESSLER Understanding criminal law, 2006

DRESSLER, Battered Women and sleeping abusers: some reflections in Ohio State Journal of criminal law, 2006

DRESSLER, Feminist (or "Feminist") reform of self-defense: some critical reflections in Marquette L. Rev., 2010

DUTTON, *Understanding women's responses* to domestic violence. A redefinition of Battered Woman Syndrome in Hofstra Law Review, 1993

FAIGMAN, Discerning Justice when battered woman kill in Hastings L. J., 1987, 210 ss.

FAIGMAN, The batterd woman syndrome and self-defense: a legal and empirical dissent in Virginia L. Rev., 1986

FAIGMAN - WRIGHT, The battered Woman Syndrome in the Age of Science in Arizona L. Rev., 1997

FERRANTE, Osservazioni sull'attenuante della provocazione in rapporto all'elemento della proporzione tra fatto provocante e fatto provocato in Giust. Pen., 1958

FERRI, La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio, 1878

FERRI, Sociologia criminale, 1929-1930

FIANDANCA-MUSCO, Diritto penale. Parte generale, 2009

FIORE, Cause di giustificazione e fatti colposi, 1996

FIORE, Diritto penale. Parte generale, I, 1993.

FLETCHER, The individualization of excusing condition, Souther California L. Rev., 1974

FLETCHER, The right deed for the wrong reason: a reply to Mr. Robinson in U.C.L.A. L. Rev., 1975

FLORIAN, Parte generale del diritto penale, I, 1934

FROSALI, Sistema penale italiano, II, 1958

FORNASARI, Il principio di inesigibilità nel diritto penale, 1990

FORNASARI, La categoria delle scusanti in Ind. Pen., 2000

GALLO, Il concetto unitario di colpevolezza, 1951

GALLO, (voce) Dolo in Enciclopedia del Diritto, XIII, 1964

GALLO, (voce) Colpa penale, in Enc. Dir., VII, 1960

GENTILE, J.P., Snyder, m. & Gillig, P.M. (2014). Stress and Trauma: Psychotherapy and Pharmacotherapy for Depersonalization/Derealization Disorder. *Innovations in Clinical Neuroscience*, 11

GIOVAGNOLI, Studi di diritto penale. Parte generale. Milano, 2008

GOOSEN, Battered Women and the requirement of imminence in self-defense in *Potchefstroom Electronic Law Journal*, vol.16, 2013

GRANDE, Justification and Excuse. Le cause di non punibilità nel diritto anglo americano in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, 1993

GROSSO, (voce) Difesa legittima e stato di necessità, 1964

GROSSO, L'errore sulle scriminanti, 1961

HERBERLING, Justification: The impact of the Model Penal Code on the statutory reform in *Columbia L. Rev.*, 1975

JERING, La lotta per il diritto, trad. 1960

LACEY, Wells, Quick, *Reconstructing Criminal Law. Text and materials*. Cambridge, 2010

LA FOND, The case for liberalizing the use of deadly force in self-defense in *U. Puget Sound L. Rev.* 1983,

LATTANZI - LUPO *sub*). 62 art. in (a cura di Caputo-Gizzi-Iadecola-Madia-Nappi) *Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, III, 2010

LE FAVE - SCOTT, *Criminal law*, 1986,

LOCKE, Trattato sul governo civile, trad., 1925

LOI, Le circostanze del reato in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale. parte generale* (a cura di Bricola-Zagrebelsky, II, 1995

LOVELESS, Domestic Violence, Coercition and Duress in *Criminal Law Review*, 2010

LOVELESS, R. v GAC: battered woman “syndromization”, in *Criminal Law Review*, 2014

MALINVERNI, (voce) Circostanze del reato in *Enc. Giur.*, 1960, VII

MANZINI, Trattato di diritto penale italiano, II, 1981

MARCONI, (voce) Provocazione in *Enc. Dir.*, XXXVII, 1988

MARCUS, Book review of the Model Penal Code and Commentaries in *Journal of criminal law & Criminology*, 1982

MARINI, Il fatto ingiusto nella provocazione in Riv.it. dir. proc. pen., 1961

MARINUCCI, (voce) Cause di giustificazione in Dig. Disc. Pen., I, 1987

MARINUCCI, Il reato come azione. Critica di un dogma, 1971

MARINUCCI, Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali, in Riv. it. dir. proc. pen., 1983

MARINUCCI-DOLCINI, Codice penale commentato (diretto da) Dolcini - Gatta, Ipsoa, 2015

MARINUCCI-DOLCINI, Manuale di diritto penale, Parte generale, Milano, 2006

MERLI A., *Violenza di genere e femminicidio*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, fasc. 1/2015

MESSINA, I nuovi orizzonti della prova (neuro)scientifica nel giudizio sulla imputabilità in Riv. it. medicina legale, 2012

MESZAROS, Achieving Peace of Mind: the Benefits of Neurobiological Evidence for Battered Women Defendats in Yale J.L. & Feminism, 2011, vol. 13

MINNELLA, Ordine di protezione contro gli abusi familiari: nel bilanciamento di interessi prevale quello delle vittime di maltrattamenti in Giur. Merito, 2, 2013

MOCCIA, Il diritto penale tra essere e valore, 1992

NICOLSON, Telling tales: geneder discrimination, gender construction and Batterd Women who kill in Feminist Legal Studies, 1995

NUVOLONE, Il sistema del diritto penale, 1982

NUVOLONE, Questioni in tema di legittima difesa in L'Indice pen., 1979

PADOVANI, (voce) Circostanze del reato in Dig. Disc. Pen., II,

PADOVANI, La condotta omissiva nel quadro della legittima *difesa* in Riv. it. dir. pen., 1970

PAGLIARO, Il reato in Trattato di diritto penale (diretto da) Grosso- Padovani -Pagliaro, Milano, 2007

PAGLIARO, Principi di diritto penale. Parte generale, 2003

PALIERO, "Minima non curat praetor". Ipertrofia del diritto penale e depenalizzazione dei reati bagatellari, 1985

PECORELLA C., Sicurezza vs libertà? La risposta penale alle violenze sulle donne nel difficile equilibrio tra istanze repressive e interessi della vittima, pubblicato su www.penalecontemporaneo.it il 5.10.2016.

PESSINA, Elementi di diritto penale, I, 1882

PETROCELLI, La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica, 1940

PICO - ALFONSO et Al. Changes in Cortisol and Dehydroepiandrosterone in Women Victims of Physical and Psychological Intimate Partner Violence, 56 Biological Psychiatry, 2004

PISTORELLI L., Prime note sulla legge di conversione, con modificazioni, del d.l. n. 93 del 2013, in materia tra l'altro di "violenza di genere" e di reati che coinvolgono minori, relazione a cura dell'Ufficio del massimario della Corte di Cassazione, pubblicata su www.penalecontemporaneo.it il 18.10.2013

PREZIOSI, Le circostanze del reato in (a cura di) Cadoppi-Canestrari - Manna-Papa) Trattato di diritto penale, P.te generale, II, 2013

PULITANÒ, Diritto penale, 2005

PULITANÒ, L'errore di diritto nella teoria del reato, 1976, 392; id, Diritto Penale, 2013

PULITANÒ, Legittima difesa: tra retorica e problemi reali in Diritto Penale Contemporaneo, I, 2017

ROBINSON, Criminal law defenses: a systematic analysis in Columbia L. Rev., 1982

ROMANO, Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità in Riv. it. dir. pen., 1990

ROMANO, Commentario sistematico del codice penale, I, 1995

ROMANO-GRASSO-PADOVANI, Commentario sistematico al codice penale, I, 2011

ROMANO, Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità in Riv. it. dir. pen., 1991

ROSEN, On self defense, imminence and women who kill their batterers in North Carolina L. Rev., 1993

ROXIN, Antigiuridicità e cause di giustificazione - Problemi di teoria dell'illecito penale, trad., 1966.

SACCO R. G. The Development of the Sense of Self in Adolescence and Early Adulthood: Implications for Understanding Depersonalization/Derealization Disorder, in Journal of Social and Cognitive Psychology, 2, 2011

SANTAMARIA, Lineamenti di una dottrina delle esimenti, 1961

SANTORO, (voce) Provocazione (Diritto penale) in Nss Dig. It, XIV, 1967

SARNO F. e M., L'evoluzione della legittima difesa, Giuffrè, 2008

SCARANO, La non esigibilità in diritto penale, 1948.

SCHIAFFO, Le situazioni "quasi scriminanti" nella sistematica teleologica del reato, 1998

SCHNEIDER M., Equal Rights to Trial for Women: Sex-Bias in the Law of Self-Defense," 15 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 623 (1980)

SCHNEIDER, Describing and changing: Women's self defense work and the problem of expert testimony on battering in women's rights law reporter, 1986

SELLA, L'uccisione nel sonno del tiranno domestico: legittima difesa o legittima difesa putativa? in Ius17@unibo.it: studi e materiali di diritto penale, 2009

SPAGNOLO, Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione, 1980

STRENTZ, The Stockolm Syndrome: law enforcement, policy and ego defenses of the hostage in Wright, Bahn, Reiben, Forensic Pycology and Psychiatry, 1980

SZEGÖ, Ai confini della legittima difesa, 2002

TOVANI-TRINCI (a cura di), *Lo stalking*, Dike, 2009

TRINCHERA, Approvata dalla camera una proposta di legge in materia di legittima difesa in www.penalecontemporaneo.it

VANNINI, Istituzioni di diritto penale. Parte generale, 1939

VIGANÒ, Stato di necessità e conflitto di valori, 2000

WALKER L., *The battered women syndrome*, Springer publishing Company 2001

WELLDON, Madre, madonna, prostituta. Idealizzazione e denigrazione della maternità, 1995

WHO, International Classification of Diseases, in www.who.int/classifications/icd/en/

WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, 1983

WYMBERLY, Defending victims of domestic violence who kill their batterers: using the trial expert to change social norms in <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/domviol>

ZATTI-COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, 2017

ZIMMERL, L'articolo 52 del codice italiano da un punto di vista sistematico, in *Dir. pen. Processo*, 1931

