2044

Legittima difesa

"*Non è responsabile chi cagiona il danno per legittima difesa di sé o di altri.*"

IMPORTANZA ●●●● – Norma di rilievo centrale, insieme alla norma sullo stato di necessità, in materia di cause di giustificazione della responsabilità civile, poiché stabilisce nell'ipotesi di un'aggressione l'esimente della responsabilità di colui che si difende causando un danno al proprio aggressore o al bene da cui proviene il pericolo.

CONTENUTO – La norma prevede che la reazione dannosa dell'agente vittima di un'aggressione ingiusta nei confronti della fonte del pericolo (persona o bene) sia giustificata dalla necessità di provvedere alla propria difesa.
Nella norma non vengono espressamente indicati i presupposti necessari ai fini della scriminante, che però si possono così riassumere: un'aggressione ingiusta alla propria persona o al proprio patrimonio oppure a quello di altri, attualità dell'aggressione, necessità della difesa e inevitabilità del fatto dannoso, non volontarietà della causazione dell'aggressione stessa da parte dell'agente, proporzionalità tra il danno minacciato e quello inflitto al fine della difesa.
Specifica considerazione è dedicata all' ipotesi in cui il pericolo di un danno minacci un terzo, anziché l'agente.
Gli effetti scriminanti della legittima difesa si colgono nella circostanza che al danneggiato nulla sia dovuto a titolo risarcitorio.

FONTI E SISTEMA - Disposizione parallela alla disciplina penalistica di scriminanti ed esimenti di cui agli artt. 50 ss. c.p. e in particolare all'art. 52 c.p.
Norme codicistiche correlate: artt. 52 c.p. e 2045 c.c. per l'individuazione dei requisiti della minaccia; art. 2043 c.c. per la delimitazione degli effetti del fatto dannoso.
Istituti collegati: lo stato di necessità; la responsabilità del padrone di cose e animali; i diritti della personalità e i diritti fondamentali della persona umana; l'omissione di soccorso ai sensi dell'art. 593 c.p.

QUESTIONI PRINCIPALI – L'esatta determinazione dei requisiti essenziali della fattispecie e le ipotesi speciali di legittima difesa putativa, di *aberratio ictus* e di eccesso nella legittima difesa.

APPLICAZIONI – Orientamento univoco della giurisprudenza di legittimità in merito all'interpretazione dell'art. 2044 c.c. secondo la disposizione dell'art. 52 c.p. relativa alla legittima difesa di diritto penale.

GIURISPRUDENZA ESSENZIALE

Cass. pen., Sez. I, 6 dicembre 2005, n. 4337 (*RP*, 2006, 1365) - Ai fini della legittima difesa putativa, l'errore scusabile che può giustificare la scriminante putativa deve trovare adeguata giustificazione in qualche fatto che, seppure malamente rappresentato o compreso, abbia la possibilità di determinare nell'agente la giustificata persuasione di trovarsi esposto al pericolo attuale di un'offesa ingiusta sulla base di dati di fatto concreti, e cioè di una situazione obiettiva atta a far sorgere nel soggetto la convinzione di trovarsi in presenza di un pericolo presente ed incombente, non futuro o già esaurito, di un'offesa ingiusta.

Cass. pen., Sez. I, 1 dicembre 2005, n. 5213 (P.M. in proc. Magrino, *GI*, 2007, 3, 740) - Rispetto alla legittima difesa reale o putativa l'eccesso colposo presuppone una identica situazione, obiettivamente esistente o ragionevolmente opinata e si differenzia unicamente per il superamento colposo dei limiti imposti dalla legge, poiché in esso viene meno il requisito dell'adeguatezza del male inflitto con la reazione dell'agente, fermi restando i presupposti del pericolo attuale di un'offesa ingiusta e della necessità di difesa

Cass. pen., Sez. IV, 12 febbraio 2004, n. 16908 (*CED Cassazione*, 2004; *RP*, 2005, 374) - I presupposti essenziali della legittima difesa - scriminante ammessa nei confronti di tutti i diritti, personali e patrimoniali - sono costituiti da un'aggressione ingiusta e da una reazione legittima; mentre la prima deve concretarsi in un pericolo attuale di un'offesa che, se non neutralizzata tempestivamente, sfocia nella lesione del diritto, la seconda deve inerire alla necessità di difendersi, alla inevitabilità del pericolo ed alla proporzione tra difesa ed offesa.

Cass. civ., Sez. III, 6 maggio 2003, n. 6863 *(GI*, 2004, 760*)* - Nel caso di rissa non si configura la legittima difesa, ai fini del giudizio civile, quando entrambe le parti agiscono in contemporanea e con pari volontà di offesa.

Cass. civ., Sez. III, 25 maggio 2000, n. 6875 *(MGI, 2000)* - L' art. 2044 c.c., disponendo che la responsabilità per danni sia esclusa quando il danno è arrecato per difendere sé od altri contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che vi sia proporzione tra difesa e offesa, scrimina il fatto nella sua interezza. In tal modo si differenzia dall'eccesso colposo di legittima difesa nel quale, venendo a mancare il requisito della proporzionalità, vi è come conseguenza che la reazione difensiva, per effetto del suo trasmodare in eccesso, termina di essere legittima dando luogo ad un fatto illecito soggetto alla sanzione penale e fonte di obbligazione civile risarcitoria

Cass. civ., Sez. III, 24 febbraio 2000, n. 2091 *(MGI, 2000; DR, 2000, 8-9, 877)* - L'art. 2044 rinvia sostanzialmente, per la nozione di legittima difesa quale situazione idonea ad escludere la responsabilità civile per fatto illecito, all'art. 52 c.p., che richiede, a tal fine, la sussistenza, nella fattispecie, della necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta (sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa). Parimenti, perchè sia ravvisabile lo stato di necessità, previsto dall'art. 2045 c.c., è richiesta la sussistenza della necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona. Nessuna di tali situazioni è ravvisabile nel fatto dell'agente di polizia che, sopraggiunto immediatamente dopo la commissione di una rapina in una farmacia, mentre il rapinatore si stava allontanando, per sottrarsi alla cattura, impugnando una pistola a scopo difensivo, abbia esploso all'indirizzo dello stesso, che si proteggeva con il corpo del farmacista, un colpo di arma da fuoco il quale abbia attinto anche un cliente. Tale ipotesi rientra piuttosto nella previsione di eccesso colposo nell'uso legittimo di armi, per avere l'agente superato per errore i limiti imposti dall'art. 53 c.p., che legittima tale uso solo nel caso in cui l'agente vi sia costretto dalla necessità di vincere una resistenza all'autorità. Infatti, i requisiti della costrizione e della necessità presuppongono la proporzione tra l'interesse che l'adempimento del dovere di ufficio tende a soddisfare e l'interesse che viene offeso per rendere possibile tale adempimento. Detta proporzione va esclusa nella specie, in presenza di una situazione in cui la tutela dell'incolumità fisica e della vita delle persone presenti nella farmacia - beni di cui, secondo la valutazione del giudice del merito, era ben prevedibile la lesione in caso di uso dell'arma - avrebbe dovuto prevalere sull'interesse alla cattura del rapinatore ed al recupero della refurtiva.

Cass. pen., Sez. I, 15 aprile 1999, n. 9695 (De Rosa, *CP*, 2000, 1951) - Poichè la difesa legittima presuppone il pericolo attuale di una offesa ingiusta e consiste in una reazione la cui efficacia scriminante implica l'inevitabilità del pericolo attuale, la necessità di difesa, e la proporzione tra questa e l'offesa, non è giustificabile il fatto commesso quando l'offensiva si è esaurita.

Cass. civ., Sez. III, 6 aprile 1995, n. 4029 (*MGI*, 1995*; NGCC*, 1995, I, ???) - L' art. 2045 c.c. (il quale prevede che l'autore del fatto dannoso commesso in stato di necessità è tenuto a corrispondere una indennità al danneggiato) è applicabile, per analogia, nel caso di danno cagionato da persona non punibile per aver agito in stato di cosiddetta legittima difesa putativa.

Cass. pen. 18 giugno 1990 (Zubine, *GP*, 1990, II, 577) - L'involontarietà del pericolo, sebbene non risulti espressamente richiesta dall'art. 52 c.p., è essenziale al concetto di legittima difesa perché la formula adoperata dall'art. 54 c p. in tema di stato di necessità, richiamante un pericolo non volontariamente causato e non evitabile, è incluso nel più lato concetto del pericolo attuale di una ingiusta offesa da cui si sia costretti a difendersi. Ne consegue che anche in presenza di un'offesa ingiusta l'azione di chi reagisce ad una condizione di pericolo da lui stesso determinata e liberamente voluta non può essere discriminata in virtù dell'art. 52 c.p., in quanto la situazione di pericolo determinatasi e che ha cagionato la definitiva reazione è stata prevista e liberamente accettata.

Cass. pen. 26 ottobre 1989 (Busnelli, *RP*, 1990, 988) - In tema di legittima difesa, sebbene la norma di cui all'art. 52, c. p. non richieda esplicitamente che l'agente non debba essersi posto volontariamente nella situazione di pericolo, solo una situazione di pericolo non volontariamente causato e non evitabile può ritenersi collegata al voluto requisito di un pericolo attuale di un'offesa ingiusta; non può, infatti, non essere prevedibile, per chi dia luogo ad una azione violenta o minacciosa, una reazione adeguata da parte dell'aggredito.

Cass. pen., Sez. V, 7 ottobre 1988 (Merlo, *RP*, 1989, 578) - Ai fini della configurabilità della legittima difesa, anche putativa, pur non occorrendo la sussistenza di un'aggressione attuale, è necessario che sussista comunque l'attualità di un pericolo, intendendosi per attuale un pericolo presente o incombente, non futuro o già esaurito; inoltre, per l'ipotizzabilità dell'esimente

putativa, è necessario che ogni eventuale erroneo convincimento del soggetto di versare in stato di pericolo sia sempre sorretto da circostanze di fatto che possano giustificare la ragionevole persuasione di una situazione di pericolo, occorrendo che tale persuasione poggi su dati obiettivi e non meramente soggettivi

Cass. pen. 13 aprile 1984 (Ciatto, *GP*, 1984, II, 713) - I presupposti essenziali della legittima difesa, ammessa nei confronti di tutti i diritti, personali e patrimoniali, sono costituiti da un'aggressione ingiusta e da una reazione legittima; talché, mentre la prima deve concretarsi in un pericolo attuale di un'offesa che, se non neutralizzata tempestivamente, sfocia nella lesione del diritto, la seconda deve inerire alla necessità di difendersi, alla inevitabilità del pericolo e alla proporzione tra difesa ed offesa, requisiti questi ultimi da accertare nell'ordine indicato, nel senso che la mancanza dell'antecedente rende superflua la verifica del successivo

Cass. civ. 16 febbraio 1978, n. 753 (*AC*, 1978, 762) - L'art. 2044 c.c., nello stabilire che non è responsabile chi ha cagionato il danno per legittima difesa di sé o di altri, ha operato un rinvio implicito alle disposizioni che in materia penale regolano l'istituto della legittima difesa.

Cass. civ. 5 agosto 1964, n. 2227 (*MGI*, 1964) - Qualora il giudice penale degradi l'originaria imputazione di lesioni dolose in quella di lesioni cagionate da eccesso colposo da legittima difesa e conseguentemente, dichiari non doversi procedere contro l'imputato, a seguito di amnistia sopravvenuta nelle more del giudizio di appello, il giudice civile non può non considerarsi vincolato ad applicare l'esimente della legittima difesa, prevista dall'art. 2044 c.c., anche agli effetti della responsabilità civile. Ed invero, se il citato art. 2044 c.c., nel sancire l'esonero da responsabilità civile per colui che ha cagionato il danno per legittima difesa non riproduce espressamente la condizione relativa alla proporzione tra la difesa e l'offesa, non può tuttavia fondatamente dubitarsi che la norma civile abbia recepito la stessa nozione dell'esimente penalistica in tutti i suoi estremi costitutivi, ivi compresa la predetta condizione, senza della quale la reazione difensiva, per effetto del suo trasmodare in eccesso, cessa ovviamente di essere legittima, ponendo in essere un fatto *contra ius*, soggetto a sanzione penale e fonte di obbligazione civile risarcitoria.

Sommario 1. La legittima difesa - 2. L'aggressione – 2.1. Il soggetto attivo – 2.2. I tipi di aggressione – 2.3. I requisiti – 2.4. L'oggetto dell'aggressione - 3. La difesa – 3.1. Il soggetto attivo – 3.2. Il soggetto passivo – 3.3. I requisiti – 3.3.1. La necessità della difesa – 3.3.2. L'inevitabilità del danno – 3.3.3. La proporzione tra i beni in conflitto – 3.3.4. La legittima difesa speciale – 4. La legittima difesa putativa.

1. La legittima difesa.

LEGISLAZIONE c.c. 2043, 2045 – c.p. 52

BIBLIOGRAFIA Tedeschi 1931 - Penso 1936 – Peverati 1942 - Brasiello 1949 - Altavilla 1960 – Calvi 1961 – Grosso C.F. 1964 e 1974 - Alpa 1987 – Venchiarutti 1987 – Padovani 1989 - Boscarelli 1990 - Franzoni 1993 – Bianca C.M. 1997 – Alpa 1999 - Giacobbe 2000 – Comporti 2002 – Diurni A. 2003 — Visintini 2005 - Monateri 2006 – Mantovani 2007

La legittima difesa è una delle cause di giustificazione nell'ambito della responsabilità civile ed è un istituto di antica elaborazione, espresso sin dal diritto romano antico nella frase "*vim vi repellere licet*". Nel codice civile italiano del 1865 era assente una norma apposita. L'istituto venne inserito nel codice civile del 1942 all'art. 2044 c.c., insieme ad un'altra causa di giustificazione, lo stato di necessità, regolato all'art. 2045 c.c.

Nel concetto di *vim vi repellere licet*

> "è il principio dell'*auctoritas monastica* che trova applicazione: ove sussiste un diritto è consentita la legittima difesa dalla offesa ingiusta, quando il singolo si trovi in condizione di non poter ricorrere, senza pregiudizio del diritto minacciato, all'ente sociale. Si dice "senza pregiudizio del diritto minacciato" perché la difesa legittima opera contro un pericolo di lesione di diritto, ma non reintegra un diritto leso."
>
> (Brasiello 1949, 238)

La legittima difesa si inserisce tra gli strumenti di autotutela privata predisposti dall'ordinamento giuridico per il rafforzamento della garanzia dei diritti: laddove lo Stato, infatti, sia impossibilitato ad intervenire tempestivamente nell'esercizio del proprio compito di difesa

pubblica, legittima che il soggetto aggredito si difenda da solo o possa essere difeso da un soccorritore privato. La facoltà dell'autodifesa di un diritto, personale o reale, o di un interesse legittimo (v. oltre 3.1.) deriva dal fatto stesso che l'ordinamento giuridico riconosca quel diritto e quell'interesse; pertanto, secondo la dottrina penalistica (Mantovani 2007, 249), le disposizioni codicistiche delle cause di giustificazione hanno una funzione non fondante, bensì meramente disciplinante.

Quando la difesa è legittima ovvero quando sono presenti tutti i presupposti della fattispecie, che di seguito verranno analizzati, l'ordinamento giustifica *a priori* la reazione dannosa, cosicché la legittima difesa, come lo stato di necessità di cui all'art. 2045 c.c., costituisce una scriminante della responsabilità civile. La valenza della norma è stata posta in luce nella stessa Relazione del Ministro Guardasigilli al Libro delle obbligazioni, in cui è stato evidenziato che

> "non vi sarà responsabilità quando il danno è arrecato in situazione di legittima difesa, perché chi agisce ha in tal caso il potere di difendere il proprio diritto a costo di recar danno a chi lo aggredisce; il danno arrecato in tal caso non può qualificarsi ingiusto."
> (Relazione del Ministro Guardasigilli al libro delle obbligazioni, n. 267)

La norma civilistica è estremamente sintetica, ragione per cui gli interpreti ricorrono costantemente alla corrispondente disposizione di diritto penale al fine di determinare la fisionomia dell'istituto. L'art. 52 c.p. stabilisce che "non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa". La giurisprudenza di legittimità da sempre afferma che ci sia un vero e proprio rinvio del codice civile al codice penale.

> "L'art. 2044 rinvia sostanzialmente, per la nozione di legittima difesa quale situazione idonea ad escludere la responsabilità civile per fatto illecito, all'art. 52 c.p."
> (Cass. civ., Sez. III, 24 febbraio 2000, n. 2091, *MGI*, 2000; *DR*, 2000, 8-9, 877)

Per la dottrina, più che di rinvio, si tratta della

> "necessaria integrazione dell'ordinamento attraverso i principi generali *ex* art. 12 preleggi."
> (Comporti 2002, 6)

Per quanto riguarda l'inquadramento sistematico dell'istituto - diversamente da quanto accade rispetto allo stato di necessità (cfr. commento all'art. 2045), ove dottrina e giurisprudenza dibattono ancora sulla liceità o illiceità dell'atto necessitato - è pacifico (Bianca C. M. 1997, 675) che l'atto dannoso di difesa sia atto lecito e il danno che ne consegue non sia ingiusto; anzi i commentatori più attenti (Franzoni 1993, 289; Giacobbe 2000, 53; Comporti 2002, 7) affermano l'operatività della scriminante indipendentemente dalla stessa qualificazione dell'antigiuridicità, argomentando sulla base della circostanza che il danno causato da legittima difesa sia un danno *non iure*.

> "Se è danno ingiusto il danno arrecato *non iure*, la reazione è conforme al disposto dell'art. 2044, che legittima la reazione nei termini in cui sia ammissibile (…). Se danno ingiusto è il danno arrecato *contra ius*, cioè la violazione di una situazione giuridica soggettiva protetta, la disposizione è necessaria perché introduce una eccezione, costituita per l'appunto dalla legittima difesa."
> (Alpa 1999, 339)

2. L'aggressione.

LEGISLAZIONE. c.c. 2043 – c.p. 52

BIBLIOGRAFIA Calvi 1961 – Grosso C.F. 1974 - Venchiarutti 1987 – Franzoni 1993 – Bianca C.M. 1997 – Alpa 1999 - Giacobbe 2000 – Comporti 2002 – Diurni A. 2003 — Visintini 2005 - Monateri 2006 – Mantovani 2007

La difesa è, dunque, legittima quando costituisce la reazione ad un'aggressione ingiustificata e ingiusta. L'aggressione deve, cioè, costituire una minaccia rivolta verso un soggetto o il suo patrimonio in grado, se non arginata tempestivamente, di realizzare la violazione di una situazione giuridica tutelata dall'ordinamento.

L'offesa è sempre ingiusta laddove venga supportata dall'elemento soggettivo della colpevolezza: è antigiuridica l'offesa perpetrata con dolo o colpa nella consapevolezza di ledere il diritto altrui. Una dottrina risalente limitava le ipotesi di difesa legittima ai soli casi di aggressione *contra ius*. La dottrina attuale e maggioritaria amplia il raggio di applicazione dell'esimente ricomprendendo ogni offesa ingiustificata, ossia qualunque aggressione *non iure*.

L'aggressione per essere ingiusta deve presentare certi requisiti ed avere determinate caratteristiche relative al soggetto che la pone in atto, alla forma che assume, all'oggetto e al soggetto verso cui è rivolta.

2.1. Il soggetto attivo.

LEGISLAZIONE. c.c. 2045, 2051, 2052

BIBLIOGRAFIA Comporti 2002 – Diurni A. 2003 – Mantovani 2007

L'aggressione deve provenire da un uomo oppure da un bene animato o inanimato che gli appartiene. Il titolare di un diritto su di un bene è tenuto, infatti, alla sua custodia e risponde per responsabilità oggettiva dei danni causati da esso: colui che distrugge con l'ombrello il vaso che gli sta cadendo in testa non deve rimborsare il vaso al proprietario. Lo stesso vale per il cane che viene ferito dalla persona che cerca di liberarsi dal suo morso. Per il diritto penale è diverso, invece, l'ipotesi di colui che aizza il cane, perché in tal caso, se da una parte viene esclusa la responsabilità della vittima che si difende, dall'altra il padrone del cane incorre nel reato di tentate lesioni, venendo considerato l'animale come un'arma.

Non si configura la fattispecie della legittima difesa, invece, nel caso di minacce provenienti da una *res nullius*.

Sotto il profilo dell'aggressore occorre indicare quelle situazioni in cui l'ordinamento giuridico con una norma imponga ad un soggetto di aggredire oppure lo autorizzi all'aggressione. In tal senso è giustificata l'offesa proveniente da un soggetto che stia adempiendo ad un dovere legittimo: non può invocare la legittima difesa nei confronti degli agenti di polizia il ladro fermato in flagranza di reato. Anzi, talvolta in questi casi la reazione non solo non è scriminata sotto il profilo civilistico, ma costituisce anche un reato, come nel caso di specie l'aggressione a pubblico ufficiale. È *iure* altresì l'offesa autorizzata dall'ordinamento perché arrecata ai fini dell'esercizio legittimo di un diritto o con il consenso dell'avente diritto o in legittima difesa: rientra in quest'ultima ipotesi il caso di difesa reciproca, qualora le offese siano incrociate (Mantovani 2007, 251).

La difesa resta legittima anche se l'aggressione proviene da un soggetto incolpevole: ad esempio, quando l'aggressore agisce per legittima difesa putativa (4.) oppure nel caso di reazione sproporzionata che configuri un eccesso nelle scriminanti (3.3.3.). Qualora il pericolo provenga da un incapace di intendere e di volere, la difesa è ammessa, salva l'applicazione più rigorosa del criterio della proporzionalità tra danno minacciato e danno inferto, nell'ipotesi in cui l'aggredito potesse rendersi conto o avesse effettivamente riconosciuto lo stato di mente o la minorità del suo aggressore.

È *non iure*, in definitiva, l'offesa incolpevole, l'aggressione da parte di incapaci e quella proveniente da cosa altrui.

2.2. I tipi di aggressione.

LEGISLAZIONE. c.c. 1227, 2043 – c.p. 52, 62

BIBLIOGRAFIA Sabatini 1936 – Nuvolone 1941 – De Cupis 1954 – Peretti e Grivina 1954 - Ondei 1955 – Franzoni 1993 – Giacobbe 2000 – Comporti 2002 - Monateri 2006

Per individuare i tipi di aggressione che possono configurarsi nella fattispecie della legittima difesa, occorre fare riferimento all'art. 52 c.p., poiché la norma civilistica nulla dice a riguardo, limitandosi ad escludere la responsabilità per i danni. L'art. 52 c.p. si riferisce genericamente ad un'offesa, allontanandosi in tal modo dalla formulazione del codice penale precedente che richiedeva espressamente la violenza dell'azione.

Sicché l'aggressione può consistere tanto in un'azione quanto in un'omissione e non occorre sia fisica, potendo aversi un'offesa anche meramente verbale (Padovani 1970, 675).

Su quest'ultimo punto occorre precisare che la dottrina civilistica (Venditti 1958, 1514; Pogliani 1969, 103; Franzoni 1993, 292; Comporti 2002, 12) in generale esclude che la mera provocazione possa integrare un'aggressione, per cui chi reagisce ad una provocazione causando danni al provocatore è responsabile ai sensi dell'art. 2043 c.c. Tuttavia, non sembra ammissibile che l'ordinamento giuridico incentivi la provocazione o obblighi la vittima a subirla, garantendo in modo generale l'immunità al provocatore (Monateri 2007, 192): sarà il giudice a dover accertare nel caso concreto l'effettiva portata della provocazione ed eseguire la comparazione tra essa e la reazione del provocato. La reazione del provocato potrà essere giustificata se la difesa sarà proporzionata alla provocazione stessa e se quest'ultima sia idonea da sola a perfezionare un'offesa.

La dottrina civilistica (De Cupis 1954, 167; Peretti e Gravina 1954, 435; Ondei 1955, 591; Giacobbe 2000, 64) ha anche dibattuto se la provocazione, considerata come attenuante dall'art. 62 c.p., possa valere a ripartire ai sensi dell'art. 1227 c.c. la responsabilità tra provocatore e vittima al fine di diminuire la misura del risarcimento del danno dovuto da quest'ultima. La giurisprudenza di legittimità (Cass. civ. 20 ottobre 1975, n. 3447, *RFI*, 1975, *Danni civili*, 20; Cass. civ. 25 novembre 1975, n. 3941, *GI*, 1976, I, 1, 1922) ha espresso con costanza opinione contraria, mentre la giurisprudenza di merito sul punto non è unanime (opinione dominante adesiva a quella della Cassazione, App. Trieste 12 aprile 1963, *ARC* 1965, 475; *contra*, Trib. Pisa 18 novembre 1979, *GI*, 1970, I, 2, 324; Trib. Milano 16 maggio 1968, *GM*, 1969, I, 175).

2.3. I requisiti.

LEGISLAZIONE. c.c. 2043, 2045 – c.p. 52, 54

BIBLIOGRAFIA Sabatini 1936 - Pettoello Mantovani 1955 - Calvi 1961 – La Peccerella 1969 - Venchiarutti 1987 - Franzoni 1993 – Bianca C.M. 1997 – Giacobbe 2000 – Comporti 2002 - Diurni A. 2003 – Monateri 2006 – Mantovani 2007

Affinché la difesa sia legittima, l'aggressione deve avere determinati requisiti. In primo luogo, come è stato già sottolineato (2), non è necessario ai fini della configurabilità della fattispecie che l'offesa sia antigiuridica, ossia *contra ius*, essendo sufficiente che essa sia *non iure*.

L'aggressione, si è visto (2.2.), può assumere svariate fisionomie: può consistere anche in una provocazione ovvero in una minaccia, ossia può anche essere eventuale. Tuttavia, per essere rilevante ai fini della scriminante della legittima difesa occorre che il pericolo di aggressione sia concreto e incombente: la minaccia, dunque, deve essere tale da far temere alla vittima di stare per essere aggredita. La giurisprudenza della Cassazione (Cass. pen. 23 marzo 1984, *RP*, 1985, 297) richiede, infatti, che, quand'anche non sussista un'offesa, sia però in atto un pericolo di offesa.

Il pericolo per il soggetto o i suoi beni deve essere presente e non futuro. Peraltro, allo stesso modo dello stato di necessità di cui all'art. 2045 c.c., al cui commento si rinvia (2045, 1), il pericolo, inteso *tout court*, è sempre presente. Piuttosto, l'elemento qualificante è la sua attualità.

Anche per l'art. 2044 c.c., come per il 2045 c.c. (2045, 1.1.), l'attualità del pericolo rientra nel concetto di imminenza nel senso che, affinché la difesa possa essere qualificata come legittima, lo spazio di tempo che separa il presentarsi del pericolo dal suo effettivo tramutarsi in danno deve essere breve. L'imminenza dell'aggressione deve essere valutata secondo parametri oggettivi, tenendo presente la situazione in cui versava la vittima; ma anche considerando la percezione che questa poteva avere del grado di probabilità dell'avversarsi dell'offesa e del conseguente danno a se o al proprio patrimonio, e dunque considerando un uomo medio con le caratteristiche della vittima.

La circostanza che l'operatività della scriminante sia legata all'attualità della minaccia e all'imminenza dell'offesa comporta che la reazione dannosa della vittima sia giustificata *a fortiori* laddove l'aggressione sia già in atto. Se, dunque, l'illecito ha carattere permanente ovvero perdura l'effetto dannoso dell'offesa, è legittima la difesa. L'art. 2044 c.c., viceversa, non è applicabile se l'aggressione è cessata ed i suoi effetti si sono esauriti.

Così si è espressa con orientamento costante la giurisprudenza di legittimità.

"Poiché la difesa legittima presuppone il pericolo attuale di una offesa ingiusta e consiste in una reazione la cui efficacia scriminante implica l'inevitabilità del pericolo attuale, la necessità di difesa, e la proporzione tra questa e l'offesa, non è giustificabile il fatto commesso quando l'offensiva si è esaurita."

(Cass. pen., Sez. I, 15 aprile 1999, n. 9695, De Rosa, *CP*, 2000, 1951)

Molto si è discusso in dottrina se sia necessario al fine della scriminante poter escludere la volontarietà della vittima nella causazione dello stato di pericolo. La "non volontarietà" costituisce un elemento caratteristico della disciplina dello stato di necessità, sia nella versione civilistica (art. 2045 c.c.) che in quella penalistica (art. 54 c.p.), per espressa volontà del legislatore. Tuttavia, sul fronte penale riguardo alla legittima difesa sia in dottrina (Sabatini 1936, 54; Pettoello Mantovani 1955, 866) che in giurisprudenza (Cass. pen. 27 ottobre 1984, GP, 1984, II, 483) sono stati sollevati dubbi circa l'operatività di tale elemento.

Secondo la giurisprudenza,

"l'involontarietà del pericolo, sebbene non risulti espressamente richiesta dall'art. 52 c.p., è essenziale al concetto di legittima difesa perché la formula adoperata dall'art. 54 c p. in tema di stato di necessità, richiamante un pericolo non volontariamente causato e non evitabile, è incluso nel più lato concetto del pericolo attuale di una ingiusta offesa da cui si sia costretti a difendersi. Ne consegue che anche in presenza di un'offesa ingiusta l'azione di chi reagisce ad una condizione di pericolo da lui stesso determinata e liberamente voluta non può essere discriminata in virtù dell'art. 52 c.p., in quanto la situazione di pericolo determinatasi e che ha cagionato la definitiva reazione è stata prevista e liberamente accettata."

(Cass. pen. 18 giugno 1990, Zubine, *GP*, 1990, II, 577)

Secondo la dottrina,

"non occorre subordinare (…) la legittima difesa al requisito, tacito, della non volontaria causazione del pericolo da parte del soggetto che si difende, al fine di escluderla nei confronti del provocatore, dei duellanti, dei corrissanti, poiché la volontaria causazione del pericolo farebbe venire meno l'«ingiustizia» dell'offesa, la «necessità» della difesa o entrambe."

(Mantovani 2007, 251)

A ciò è stato controbattuto che

"una difesa non è meno necessaria, onde salvaguardare i propri interessi, magari all'incolumità fisica, sol perché la vittima ha cagionato volontariamente la situazione di pericolo. Né l'atto illecito del terzo che lede la salute della vittima smette di essere ingiusto solo perché la vittima si è posta da sé in una condizione di pericolo attuale."

(Monateri 2006, 187)

Adesivamente all'orientamento penalistico si è espressa anche parte della dottrina civilistica, sostenendo che in tali ipotesi l'offesa non è ingiusta (La Peccerella 1969, 175; Giacobbe 2000, 36;

Visintini 2005, 606) oppure (Franzoni 1993, 291) argomentando sulla base dell'art. 2046 c.c., che ritiene responsabile delle conseguenze del fatto dannoso l'incapace di intendere e di volere, il cui stato d'incapacità derivi da sua colpa. In effetti, sembra si possa dedurre dalla disciplina degli artt. 2045 e 2046 c.c. che il legislatore segua un principio generale, in base al quale limita i trattamenti di favore di soggetti, che abbiano causato un danno, a situazioni particolari, che sfuggano al controllo dei medesimi, e tali per cui il danno finale non possa essere collegato neanche indirettamente alla sfera soggettiva dell'agente.

La semplice volontarietà della condotta, però, non sembra autorizzare a considerare volontario il pericolo derivatone. Il dolo o la colpa del soggetto vanno rapportati non solo all'azione, che ha causato la situazione eccezionale, ma anche ai suoi effetti. Per cui sarà responsabile *ex* art. 2043 c.c. solo chi con il proprio colposo comportamento ha costituito l'unica e diretta causa dell'insorgere del pericolo o dell'aggressione, ossia colui che, così facendo, ha previsto ed accettato il rischio. Qualora, invece, non ci sia un nesso di causalità tra comportamento preventivo della vittima e aggressione successiva ovvero esso sia stato in qualche modo interrotto, la difesa dell'aggredito sarà legittima.

2.4. L'oggetto dell'aggressione.

LEGISLAZIONE. Cost. 2, 4, 9, 13, 15, 16, 18, 19, 21, 32 – c.c. 2043, 2044 – c.p. 52, 54

BIBLIOGRAFIA Ondei 1955 - Calvi 1961 – Venchiarutti 1987 – Alpa 1989 - Vallebona 1991 - Franzoni 1993 – Bianca C.M. 1997 – Giacobbe 2000 – Comporti 2002 - Diurni A. 2003 – Monateri 2006 – Mantovani 2007

Per quanto riguarda l'oggetto dell'aggressione esiste una differenza lessicale tra le norme penale e civile sulla legittima difesa. L'art. 2044 c.c. è più oscuro e legittima la difesa "di sé od altri", mentre l'art. 52 c.p. è più chiaro e si riferisce alla "necessità di difendere un diritto proprio o altrui". L'art. 2044 c.c. sembra riprendere la formulazione dell'art. 2045 c.c., che si esprime nel senso della "necessità di salvare sé o altri", per poi specificare da "un danno grave alla persona". Per alcuni (Calvi 1961, 18) non è chiaro se la formula dell'art. 2044 c.c. si riferisca all'oggetto della difesa o al titolare della situazione giuridica soggettiva minacciata. Tuttavia, se si interpretasse l'art. 2044 c.c. secondo il criterio sistematico e dunque in relazione all'art. 2045 c.c., si dovrebbe concludere che la scriminante della legittima difesa, similmente a quella dello stato di necessità, opera solo allorquando in pericolo ci siano beni personali.

Peraltro, spingerebbe in questa direzione anche l'interpretazione secondo il criterio storico perché nell'art. 49 n. 2 del precedente codice penale (Zanardelli del 1889) la formula era meno generica e si esprimeva in termini di "necessità di respingere da sé o da altri una violenza attuale e ingiusta", limitando l'applicazione della scriminante alla minaccia rivolta alla persona. La scelta per l'art. 2044 c.c., introdotto nel codice del 1942, di una formulazione così simile a quella Zanardelli, allorquando il legislatore aveva l'alternativa dell'art. 52 dell'allora recentissimo Codice Rocco, sembra indurre a credere che ci fosse la volontà di limitare in ambito civilistico l'applicabilità dell'esimente.

Tuttavia, come affermano alcuni autori (Comporti 2002, 6; Monateri 2006, 183), l'interpretazione estensiva della norma civile nel senso della disposizione penale è *ius receptum*. In effetti, è la stessa giurisprudenza di legittimità ad aver affermato che

> "l'art. 2044 c.c., nello stabilire che non è responsabile chi ha cagionato il danno per legittima difesa di sé o di altri, ha operato un rinvio implicito alle disposizioni che in materia penale regolano l'istituto della legittima difesa."
> (Cass. civ. 16 febbraio 1978, n. 753, *AC*, 1978, 762)

Pertanto, è esente da responsabilità civile colui che provoca un danno all'aggressore per salvare un diritto, proprio o altrui, personale o patrimoniale (Cass. pen. 13 aprile 1984, Ciatto, *GP*, 1984, II, 713). È altresì ritenuto sufficiente per la giurisprudenza penale e civile che sia minacciato

un interesse, l'importante è che l'aggressione costituisca un atto obiettivamente illecito diretto a violare la sfera giuridica, tutelata dall'ordinamento, della vittima; tant'è vero che si ammette la legittima difesa nei confronti di atti di concorrenza sleale (App. Milano 10 gennaio 1992, *GADI*, 1992, 331) oppure di comunicati sindacali diffamatori (Pret. Milano 9 luglio 1990, *RIDL*, 1991, II, 27) ovvero di atti lesivi di interessi legittimi: l'esempio di scuola (Mantovani 2007, 249) è quello del candidato che impedisce ad un commissario di concorso pubblico di trasmettere la prova di esame ad un raccomandato. In quest'ottica sembra dover ammettere la legittima difesa anche nei confronti dell'aggressore di beni collettivi: ad esempio, per la difesa dell'ambiente si può agire con violenza per fermare chi sta appiccando un incendio doloso oppure sta versando sostanze tossiche in un corso d'acqua o sta cacciando di frodo.

In dottrina ci sono state sporadiche voci contrarie ad un'estrema apertura dell'art. 2044 c.c.

> "Legittima difesa non si dà se non in relazione ad un diritto determinato, da difendere: vero e proprio diritto soggettivo, e non semplice interesse."
> (Ondei 1955, 592)

In effetti, per limitare l'applicazione dell'esimente a così ampio raggio il legislatore ha introdotto il requisito della proporzionalità (oltre, 3.3.) della difesa all'offesa: ad esempio,

> "nella valutazione comparativa degli interessi in gioco, il bene primario della salute deve essere salvaguardato, e l'esercizio di una attività economica lesiva di questo bene non può considerarsi meritevole di tutela."
> (Trib. Verona 13 dicembre 1988, *NGCC*, 1989, 701)

3. La difesa.

LEGISLAZIONE c.c. 2043, 2045 – c.p. 52, 54, 593

BIBLIOGRAFIA Calvi 1961 – Venchiarutti 1987 –Franzoni 1993 – Bianca C.M. 1997 – Giacobbe 2000 – Comporti 2002 - Diurni A. 2003 – Monateri 2006 – Mantovani 2007

Una volta approfondita la situazione generale entro la quale si colloca il legittimato alla difesa, e le sue caratteristiche, la prospettiva si sposta sull'altro fronte: quello della reazione alla minaccia o all'aggressione. Qui il protagonista è la vittima, mentre il soggetto che subisce l'atto di difesa, diretta o indiretta a seconda se la reazione si dirige verso la sua persona o i beni, di cui è responsabile, è passivo. Per essere legittima, inoltre, l'ordinamento giuridico esige che la difesa abbia determinati requisiti: sia necessaria, inevitabile e proporzionata. Le caratteristiche qualificanti la difesa sono rilevanti anche per differenziare tra diverse figure di legittima difesa: la c.d. legittima difesa speciale, introdotta di recente con legge del 2006, ovvero l'eccesso di legittima difesa.

3.1. Il soggetto attivo.

LEGISLAZIONE. Cost. 2 - c.c. 2045 – c.p. 52, 593

BIBLIOGRAFIA Calvi 1961 – Venchiarutti 1987 – Alpa 1999 - Franzoni 1993 – Bianca C.M. 1997 – Giacobbe 2000 – Comporti 2002 - Diurni A. 2003 – Monateri 2006 – Mantovani 2007

L'aggressione, come si visto, può rivolgersi verso diritti personali o patrimoniali, come anche verso interessi giuridicamente tutelati e interessi legittimi. Nell'ipotesi classica il soggetto verso cui si dirige la minaccia o che subisce l'aggressione è anche il soggetto attivo della difesa, ovvero colui che reagisce a danno dell'aggressore. La lettera dell'art. 2044 c.c., tuttavia, estende l'applicabilità della scriminante anche nei confronti del terzo che soccorre la vittima, assumendone la difesa dal pericolo o dall'offesa. È, infatti, testualmente "legittima (la) difesa di sé o di altri".

Accanto all'"autotutela" dei propri diritti la norma civilistica contempla anche la "difesa altruistica". Come per l'art. 2045 c.c., in cui si parla di "soccorso necessitato" (commento 2045, 8), per l'art. 2044 c.c. si parla di "soccorso difensivo".

Quando ad essere in pericolo o ad essere aggrediti sono beni patrimoniali, l'intervento a difesa della vittima è meramente facoltativo: risponde ad un obbligo morale, ma non giuridico, quello del cittadino che interviene a fermare il ladro che sta scappando con la refurtiva. È facoltativa anche la difesa della vittima di un'aggressione contro la vita o l'incolumità fisica, allorquando ci sia il rischio per il soccorritore di essere a sua volta coinvolto e aggredito: è il caso del cittadino che disarma il sequestratore.

In alcuni casi, invece, il soccorso di una persona in pericolo è doveroso: ai sensi dell'art. 593 c.p., viene sanzionata l'omissione di soccorso, per cui chi trova una persona in pericolo o ferita è tenuto a "prestare l'assistenza occorrente", se non sussista il rischio che venga a sua volta aggredito oppure se l'aggressione si è già esaurita.

3.2. Il soggetto passivo.

LEGISLAZIONE. c.c. 2043, 2045

BIBLIOGRAFIA Calvi 1961 – Venchiarutti 1987 – Alpa 1989 - Franzoni 1993 – Bianca C.M. 1997 – Giacobbe 2000 – Comporti 2002 - Diurni A. 2003 – Monateri 2006 – Mantovani 2007

L'aggressione, come si è visto, può provenire sia da una persona che da un cosa animata o inanimata. Soprattutto, nell'ambito del diritto civile, la norma si applica anche agli enti giuridici: nei casi di concorrenza sleale (Trib. Taranto 2 febbraio 1982, AC, 1985, 1145) è possibile che l'aggressione e la difesa integrino un atto della persona giuridica, posto in essere da un proprio organo. La circostanza che invece di una persona fisica, sia una persona giuridica ad agire non cambia nulla in termini di applicabilità della scriminante.

Per essere legittima la difesa deve rivolgersi verso la fonte del pericolo, ossia deve cadere sull'aggressore. Qualora la vittima nel difendersi danneggi terzi estranei, non si applicherà (o non solo) la legittima difesa (ma anche) la scriminante dello stato di necessità, con una sola importante considerazione: gran parte della dottrina civilistica e la giurisprudenza (commento 2045 5.1, 5.3, 5.4) ritengono fondamentale per l'applicazione dell'art. 2045 c.c. la volontarietà dell'atto necessitato e la consapevolezza della sua antigiuridicità; ciò esclude che possa applicarsi la fattispecie ai casi di c.d. *aberratio ictus* nella legittima difesa, ossia nei casi frequenti in cui l'aggredito per errore nell'uso dei mezzi di difesa, ad esempio una mira sbagliata, o per altra causa, come il repentino smarcarsi dell'aggressore, rechi offesa ad una persona estranea all'aggressione. In queste ipotesi il danno al terzo non è lo strumento per sventare il pericolo e non è voluto. Se si applicasse la teoria della responsabilità soggettiva (commento 2045 5.1 e 5.3) o il terzo resterebbe privo di tutela risarcitoria o la vittima dell'aggressione dovrebbe rispondere dell'intero danno *ex* art. 2043 c.c. Migliore è la soluzione che si ha applicando il principio del bilanciamento degli interessi in conflitto (commento 2045 5.2, 5.4. e 5.5.), per cui la volontà del soggetto necessitato è rilevante in quanto volontà di salvezza e non di danno; in tal senso, si applica l'art. 2045 c.c. anche qualora il danno ai terzi sia stato ritenuto dall'agente meramente eventuale; inoltre, la scriminante dello stato di necessità si applica anche ai soggetti incapaci di intendere e di volere, così come alle ipotesi di atto dannoso incolpevole.

Il principio del bilanciamento aiuta a risolvere in giustizia anche le ipotesi di *aberratio ictus* nel soccorso difensivo. Qualora il soccorritore nel difenderlo ferisca anche il soggetto in pericolo, si applicherà la legittima difesa per i danni all'aggressore e l'art 2045 c.c. per i danni al soccorso. Ma poiché, secondo la "responsabilità da vantaggio", a dover indennizzare il danneggiato è il soggetto che si è avvantaggiato del soccorso necessitato e nel caso di specie danneggiato e beneficiario coincidono, l'azione del soccorritore è scriminata ed egli non è tenuto ad alcuna prestazione nei

confronti di nessuno dei danneggiati: dell'aggressore *ex* art. 2044 c.c. e del soccorso *ex* art. 2045 c.c.

3.3. I requisiti.

LEGISLAZIONE. c.p. 52

BIBLIOGRAFIA Mantovani 2007

La legittimità della difesa è legata ad alcuni requisiti, che devono caratterizzarla: la necessità di difendersi, l'inevitabilità altrimenti dell'offesa e il rapporto di proporzione tra difesa e offesa. Questi requisiti sono distinti tra loro e verranno analizzati ciascuno nella propria dimensione. Tuttavia, essi non sono autonomi, ma si pongono in relazione di reciprocità e con un ordine di successione tale per cui, secondo la dottrina penalistica (Mantovani 2007, 253) il giudice deve accertare il primo e via via gli altri due.

3.3.1. La necessità della difesa.

LEGISLAZIONE. c.c. 2043, 2045 – c.p. 52, 54

BIBLIOGRAFIA Calvi 1961 – Venchiarutti 1987 – Padovani 1989 – Bagnati 1992 – Diana 1995 - Alpa 1999 - Franzoni 1993 – Giacobbe 2000 – Comporti 2002 - Diurni A. 2003 – Monateri 2006 – Mantovani 2007

Il primo dei requisiti richiesti per la configurabilità dell'esimente è la necessità della difesa. Allorquando un soggetto subisce un'aggressione o una minaccia alla sua persona o ad un suo bene, egli si trova in una situazione di necessità, nella quale ha di fronte l'alternativa tra il subire l'aggressione e l'evento dannoso ai propri danni o reagire contro l'aggressore o il bene da cui proviene il pericolo con un atto dannoso. Come per la fattispecie di cui all'art. 2045 c.c., la legittimità della difesa è legata alla circostanza che il soggetto non possa sottrarsi alla minaccia o all'offesa senza offendere a sua volta l'aggressore. La differenza tra stato di necessità e legittima difesa, come si è già visto (3.2.), è che nel primo caso per arginare il pericolo è necessario coinvolgere un terzo estraneo, mentre nel secondo la reazione necessitata si rivolge verso la fonte stessa del pericolo.

La presenza di una soluzione alternativa alla difesa dannosa rende quest'ultima illegittima, per cui se per la vittima è possibile fuggire o cercare di convincere l'aggressore a desistere, deve tentare questa strada. Tuttavia, la valutazione dell'esistenza o meno dell'alternativa va determinata obiettivamente, benché sulla base delle circostanze concrete e dunque tenendo presenti le condizioni ambientali, la specifica situazione del soggetto aggredito e le modalità di aggressione.

La dottrina penalistica si è interrogata da sempre sulla fuga quale alternativa all'atto dannoso, arrivando, però, a concludere che

> "anche quando è materialmente possibile, può pregiudicare altri beni: del soggetto, quale la dignità personale oppure la salute (es.: nel caso della gestante, del cardiopatico, della ragazza svestita che, per sottrarsi al bruto, dovrebbe fuggire sotto la neve); di terzi (es.: l'automobilista che, per sfuggire ai sequestratori, deve svoltare nella via gremita di persone); o pubblici (es.: il prestigio della divisa in caso di militari)."
> (Mantovani 2007, 253)

Per risolvere la questione, la dottrina è ricorsa alla figura del *commodus discessus*: la fuga è obbligata quando sia dignitosa e, dunque, non mortificante, indecorosa, disonorevole. Si tratta anche in questo caso di applicare il principio del bilanciamento e valutare la necessità della difesa in rapporto al requisito della proporzionalità tra i beni in conflitto: il soggetto non deve darsi alla fuga solo se facendolo esporrebbe sé e/o altri ad un pericolo o ad un danno più grave, uguale o

leggermente inferiore a quello che arreca con la difesa dall'aggressore (Cass. pen. 1 aprile 1980, *CP*, 1980, 1776; Bagnati 1992, 387).

La giurisprudenza ha affermato che

"In tema di legittima difesa, mentre l'eventuale *discessus* deve essere *commodus*, ossia deve essere attuato in modo da non trasformarsi in disonorevole abbandono del campo, bensì da presentare un minimo di decoro in chi lo attua, l'apprestarsi a respingere un'offesa che si ritiene incombente, ancorché non ancora attuale, significa predisporsi alla tutela del proprio diritto alla incolumità personale e, quindi, ad approntare una legittima difesa eventualmente adeguandola alla ipotetica offesa. Inoltre non può richiedersi un *commodus discessus* preventivo, da attuare, cioè, prima che il pericolo assuma una qualche consistenza; invero, un'aggressione ancora ipotetica, che si ha il semplice timore di dover subire, non realizza, prima dell'imminenza del suo sorgere, un'alternativa nella quale possa identificarsi un "altrimenti evitabile" modo di ovviare ad un pericolo che, appunto, ancora non sussiste e che potrebbe anche non manifestarsi."

(Cass. pen., Sez. I, 7 luglio 1992, Giacometti, *CP*, 1994, 1519; *GP*, 1993, II, 352)

3.3.2. L'inevitabilità del danno.

LEGISLAZIONE. c.c. 2043, 2045 – c.p. 52, 55

BIBLIOGRAFIA Grosso C. F. 1974 – Padovani 1989 - Boscarelli 1990 – Fiore 1996 – Mantovani 2007

Una volta accertato che la vittima fosse necessitata a difendersi, il giudice deve passare a valutare dell'inevitabilità o meno del mezzo specifico di difesa scelto dalla vittima stessa. Potrebbe, infatti, configurarsi l'ipotesi in cui la difesa fosse necessaria, ma sia stata messa in atto arrecando all'aggressore un danno più grave di quello che si sarebbe avuto scegliendo un mezzo diverso.

Questo requisito non si trova né nel testo dell'art. 2044 c.c., né in quello dell'art. 52 c.p. Esso, tuttavia, è ritenuto essenziale dalla dottrina penale (Padovani 1989, 499; Boscarelli 1990, 6; Grosso C.F. 1974, 35; Mantovani 2007, 254), che lo considera implicito nella stessa *ratio* della legittima difesa, nonché desumibile dall'art 55 c.p. che, nel parlare di superamento dei «limiti imposti dalla necessità», in ultima analisi si riferisce all'evitabilità dell'offesa provocata. La giurisprudenza, viceversa, riconduce spesso tale requisito nell'alveo o del requisito della necessità o in quello della proporzione.

"Ai fini del riconoscimento della scriminante della legittima difesa, la necessità di difendersi e la proporzione tra la difesa e l'offesa vanno intese nel senso che la reazione deve essere, nelle circostanze della vicenda (apprezzate "*ex ante*"), l'unica possibile, non sostituibile con altra meno dannosa egualmente idonea alla tutela del diritto."

(Cass. pen. Sez. IV, 4 luglio 2006, n. 32282, *CED Cassazione*, 2006)

Nell'art. 2045 c.c. il requisito dell'inevitabilità è espresso con la locuzione "il pericolo" non "era altrimenti evitabile", intendendo per "evitare il pericolo" il reagire al suo trasformarsi in danno, perché un pericolo presente e imminente è di per sé sempre inevitabile (commento 2045 1.2.). In definitiva, per la scriminante occorre che la difesa non solo sia stata astrattamente necessaria, ma sia stata inevitabile nella forma che ha preso e negli effetti che ha avuto in considerazione delle circostanze concrete di luogo, tempo, mezzi difensivi e offensivi disponibili.

3.3.3. La proporzione tra i beni in conflitto.

LEGISLAZIONE c.c. 1227, 2043, 2045, 2059 – c.p. 52, 54, 55

BIBLIOGRAFIA Tedeschi 1931 - Penso 1936 – Peverati 1942 - Brasiello 1949 – De Cupis 1954 - Ondei 1955 - Altavilla 1960 – Calvi 1961 – La Peccerella 1969- Forchielli 1970 - Grosso C.F. 1964 e 1974 – Bianca C. M. 1980 – Cattaneo 1984 - Alpa 1987 – Venchiarutti 1987 – Padovani 1989 - Boscarelli 1990 - Franzoni 1993 – Bianca C.M. 1997 – Alpa 1999 - Giacobbe 2000 – Comporti 2002 – Diurni A. 2003 — Visintini 2005 - Monateri 2006 – Mantovani 2007

La proporzione tra difesa e offesa è il terzo ed ultimo dei requisiti essenziali della reazione all'aggressione ingiusta. Esso è espressamente previsto dall'art. 52 c.p. che stabilisce che "non è punibile chi ha commesso il fatto … sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa", mentre manca nella laconica previsione dell'art. 2044 c.c. Ad esso, tuttavia, nonostante la mancanza di una previsione espressa, si fa riferimento anche nell'interpretazione degli artt. 2045 c.c. e 54 c.p. in tema di stato di necessità, perché a seconda ci sia o meno sproporzionalità tra i beni in conflitto la scriminante si considera scusante, esimente oppure non si configura affatto (commento art. 2045 5.).

Nella legittima difesa, in ragione del fatto che ad essere offeso dalla reazione è lo stesso aggressore o i suoi beni, il legislatore ammette l'applicabilità della scriminante quando il danno inflitto è inferiore, uguale o leggermente superiore a quello minacciato. La massima recita "*adgreditus non habet staderam in manu*", per cui è legittima anche la difesa che procuri un'offesa tollerabile perché di poco superiore alla minaccia. Il requisito della proporzionalità, peraltro, deve essere valutato in modo obiettivo, purché con attenzione al contesto e al profilo qualitativo e non meramente quantitativo.

Il confronto deve essere eseguito tra beni. Quando i beni sono omogenei la valutazione comparativa riguarda il grado delle offese che si confrontano. Quando i beni sono eterogenei, la soluzione del conflitto è più complessa, poiché dei beni giuridici non è possibile fare una classificazione generale secondo una rigida scala di valore, tranne per i diritti fondamentali della persona che hanno al vertice la vita. La gerarchia di valori viene ricavata dalla Costituzione e dall'intero sistema giuridico, ma la sproporzione tra le offese dipende dal grado di ciascuna di esse e dalla complessità della situazione concreta. Può essere così legittima la difesa di una pensionata che ferisce il ladro che le ha sottratto la borsetta con la già misera pensione.

La mancanza del requisito della proporzione trascina la fattispecie nell'eccesso di legittima difesa.

> "In tal modo si differenzia (la legittima difesa) dall'eccesso colposo di legittima difesa nel quale, venendo a mancare il requisito della proporzionalità, vi è come conseguenza che la reazione difensiva, per effetto del suo trasmodare in eccesso, termina di essere legittima dando luogo ad un fatto illecito soggetto alla sanzione penale e fonte di obbligazione civile risarcitoria."
>
> (Cass. civ., Sez. III, 25 maggio 2000, n. 6875, MGI, 2000)

Secondo l'art. 55 c.p. l'eccesso di legittima difesa dovuto a colpa viene perseguito se è previsto dalla legge come delitto colposo. La colpa consiste nell'errore di valutazione della necessità di difendersi, con l'apprestamento di mezzi eccessivi di difesa in rapporto all'entità del pericolo (Comporti 2002, 15; Cass. civ. 25 maggio 2000, n. 6975, *RFI*, 2000, Responsabilità civile, 199).

> "Rispetto alla legittima difesa reale o putativa l'eccesso colposo presuppone una identica situazione, obiettivamente esistente o ragionevolmente opinata e si differenzia unicamente per il superamento colposo dei limiti imposti dalla legge, poiché in esso viene meno il requisito dell'adeguatezza del male inflitto con la reazione dell'agente, fermi restando i presupposti del pericolo attuale di un'offesa ingiusta e della necessità di difesa."
>
> (Cass. pen., Sez. I, 1 dicembre 2005, n. 5213, P.M. in proc. Magrino, *GI*, 2007, 3, 740)

Dal punto di vista civilistico, l'orientamento giurisprudenziale ha stentato a trovare una soluzione univoca per le ipotesi di eccesso di difesa dovuto a comportamento colpevole dell'aggredito. Inizialmente quest'ultimo era considerato responsabile ai sensi dell'art. 2043 c.c. e la Cassazione lo condannava al pagamento dell'intero danno (Cass. civ. 21 febbraio 1958, n. 562; Cass. civ. 3 maggio 1958, n. 1445; Cass. civ. 24 aprile 1954, n. 1240). Dagli Anni Sessanta, invece, la Suprema Corte (Cass. civ. 22 ottobre 1968, n. 3394) ha modificato orientamento su suggerimento della dottrina (Ondei 1955, 597), scegliendo una posizione di favore per la vittima/agente in eccesso. In applicazione dell'art. 1227, 1° co., c.c. l'entità del risarcimento diminuisce per il fatto che il danno è stato provocato con il concorso della colpa del danneggiato, e si limita alla quota di

risarcimento corrispondente alla parte di danno che eccede la proporzione.

"Il fatto dell'aggressore è causa efficiente della reazione eccessiva, e dunque la sua condotta configura il concorso di colpa ai sensi della norma citata."
(Cass. pen. 5 ottobre 1989, *RP*, 1990, 892)

"In virtù del principio della *condicio sine qua non*, non si può relegare a ruolo di mera occasione l'azione aggressiva che ha determinato la reazione difensiva dell'aggredito danneggiato che poi si è trasformata per sua colpa in eccesso."
(Cass. civ. 5 agosto 1964, n. 2227, *ARC*, 1965, 464)

La dottrina maggioritaria (Bianca C. M. 1980, 403; Cattaneo 1984, 273; Giacobbe 2000, 63; Visintini 2005, 609; Monateri 2006, 191) approva questa scelta giurisprudenziale, mentre altri autori (De Cupis 1954, 170; Pogliani 1969, 46) sostengono che sia superfluo ricorrere ad altre norme, poiché lo stesso art. 2044 c.c. è sufficiente a escludere dal risarcimento quella parte di danno "giusto", limitando il suo ammontare ai danni che derivano dall'eccesso.

Qualora, viceversa, l'eccessiva reazione è stata il risultato di un comportamento doloso, il soggetto sarà responsabile per il reato commesso e in sede civile sarà tenuto a risarcire l'intero danno ai sensi dell'art. 2043, compresi gli eventuali danni immateriali *ex* art. 2059 c.c. (Cendon P. 1976, 470).

3.3.4. La legittima difesa speciale.

LEGISLAZIONE. c.p. 52

BIBLIOGRAFIA Mantovani 2007

Con legge del 2006 n. 59 è stato inserito nell'ordinamento giuridico italiano una nuova variante della legittima difesa, la c.d. legittima difesa speciale (o domiciliare), disciplinata all'art. 52, 2° e 3° co., c.p., ai sensi del quale: "Nei casi previsti dall'art. 614, primo e secondo comma, (del codice penale) sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo ad offendere al fine di difendere: a) la propria o altrui incolumità; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo di aggressione. La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale".

L'applicazione di questa specifica estensione della figura della legittima difesa è caratterizzata da limiti personali (solo i soggetti legittimamente presenti e legittimamente detentori dell'arma usata), oggettivi (la minaccia deve rivolgersi verso l'incolumità propria o altrui e non anche verso altri diritti o interessi: sono assolutamente esclusi dunque beni patrimoniali e interessi legittimi) e spaziali (luoghi di dimora privata ovvero luoghi adibiti allo svolgimento di un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale) e da alcuni presupposti quali la non desistenza dalla commissione del reato da parte dell'aggressore consapevole della presenza di persone innocenti sulla scena del crimine e il pericolo di un'aggressione volta alla loro neutralizzazione.

Sotto il profilo processuale la novità introdotta dalla legge è l'inversione dell'onere della prova riguardo al requisito della proporzionalità: non è il difensore a dover provare la proporzionalità della propria reazione, ma il danneggiato a dover provare la sua sproporzionalità.

4. La legittima difesa putativa.

LEGISLAZIONE c.c. 2043, 2045 – c.p. 52, 59

BIBLIOGRAFIA Penso 1936 – Peverati 1942 - Brasiello 1949 – Ondei 1955 - Altavilla 1960 – De Cupis 1960 - Calvi 1961- Ferrero 1961 – Grosso C.F. 1974 – Venchiarutti 1987 – Padovani 1989 - Boscarelli 1990 - Franzoni 1993 – Bianca C.M. 1997 – Alpa 1999 - Giacobbe 2000 – Comporti 2002 – Diurni A. 2003 — Visintini 2005 - Monateri 2006 – Mantovani 2007

La difesa è putativa, laddove il soggetto agisce nell'erronea, ma scusabile, convinzione di reagire ad un'aggressione o una minaccia, in realtà inesistente. Nell'ambito del diritto penale la scusabilità dell'errore esclude la punibilità del fatto altrimenti illecito ai sensi dell'art. 52 e 59 c.p., mentre in caso di errore colposo l'agente viene perseguito ai sensi dell'art. 59, 3° co., c.p. per il corrispondente reato.

Affinché si configuri la legittima difesa putativa,

"l'errore scusabile che può giustificare la scriminante deve trovare adeguata giustificazione in qualche fatto che, seppure malamente rappresentato o compreso, abbia la possibilità di determinare nell'agente la giustificata persuasione di trovarsi esposto al pericolo attuale di un'offesa ingiusta sulla base di dati di fatto concreti, e cioè di una situazione obiettiva atta a far sorgere nel soggetto la convinzione di trovarsi in presenza di un pericolo presente ed incombente, non futuro o già esaurito, di un'offesa ingiusta."

(Cass. pen., Sez. I, 6 dicembre 2005, n. 4337, *RP*, 2006, 1365)

L'erroneità della supposizione della vittima deve essere, dunque, valutata dal giudice sulla base di elementi obiettivi, concreti ed empirici, ossia elementi di fatto in grado di indurre in errore un uomo ragionevole.

Nell'ambito del diritto civile, la giurisprudenza ha assunto una posizione diversa, escludendo che il soggetto che ha causato danni al - da lui presunto - aggressore possa avvalersi dell'esimente. Tuttavia, la mancanza del requisito della colpa e l'applicazione del principio di equità hanno portato i giudici (Trib. Arezzo 16 marzo 1960, *FI*, 1960, I, 858 e Cass. civ. 12 agosto 1991, n. 8772, *GI*, 1992, I, 734; *GC*, 1992, I, 2814) a riconoscere al presunto aggressore il diritto ad un'indennità sulla base dell'applicazione analogica dell'art. 2045 c.c.

"L'art. 2045 c.c. (il quale prevede che l'autore del fatto dannoso commesso in stato di necessità è tenuto a corrispondere una indennità al danneggiato) è applicabile, per analogia, nel caso di danno cagionato da persona non punibile per aver agito in stato di cosiddetta legittima difesa putativa."

(Cass. civ., Sez. III, 6 aprile 1995, n. 4029, *MGI*, 1995; *NGCC*, 1995, I, ???)

In definitiva, mentre sul versante penale l'ordinamento giuridico si sofferma sul reo e può considerare non repellente mandare libero da pena per il fatto illecito l'agente caduto in errore, sul versante della responsabilità civile non può valutare "giusto" il danno subito da un terzo innocente.

"Il fatto che, per il canone dell'unità dell'ordinamento, nell'interpretazione di dottrina e giurisprudenza, si attinga dal paradigma dell'art. 52 c.p. per definire i requisiti della legittima difesa prevista nell'art. 2044 c.c., non comporta che il concetto positivo di quest'ultimo si sostanzi anche delle combinazioni alle quali quella disposizione di diritto penale addivenga nel quadro del regime suo proprio. (…) Così se, in diritto penale, reputare, per errore incolpevole, di agire in stato di legittima difesa equivale ad essere realmente nell'ipotesi dell'art. 52 del codice, pari sussunzione non si verifica in diritto civile, con riferimento all'art. 2044 dell'altro codice. La ragione di tale diversificazione trova fondamento nella diversità tra le situazioni reputate meritevoli di tutela nelle due orbite normative."

(Cass. civ. 12 agosto 1991, n. 8772, *GI*, 1992, I, 734; *GC*, 1992, I, 2814)