



N. 27 - ottobre 2018

La legittima difesa: un'analisi di diritto comparato

1. La legittima difesa in Francia

La legittima difesa (**Légitime Défense**) è disciplinata dagli artt. 122-5 e 122-6 del codice penale francese.

L'art. 122-5 distingue le due ipotesi di **difesa della persona** e **del patrimonio** e prevede, per quanto attiene alla prima, che *“Non è penalmente responsabile la persona che, in presenza di una aggressione ingiustificata contro di sé o un'altra persona, compie, nello stesso tempo, un atto imposto dalla necessità della legittima difesa di sé o altri, salvo che vi sia sproporzione tra i mezzi impiegati per la difesa e la gravità dell'aggressione.”*

Art. 122 - 5: (1) *“N'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défenses'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte.”*

Con riferimento al **limite temporale della difesa**, la legge francese richiede che la vittima si trovi di fronte ad un attacco e che reagisca nel medesimo tempo/momento in cui questo attacco sussiste: sembrerebbe presumere, quindi, **un'offesa già in atto ed una reazione contestuale**.

Il Legislatore francese ha voluto avvicinare quanto più possibile il momento della legittima difesa a quello dell'effettiva realizzazione del pericolo, in base al principio secondo cui solo un attacco immediato e diretto mette la persona aggredita in condizione di non poter ricorrere alla protezione della legge e della forza pubblica. In generale si afferma che l'**aggressione** debba essere **immediata**, ammettendosi come tale quella che sia **almeno imminente**, ovvero oramai prossima ad iniziare: il limite negativo è dato dall'aggressione c.d. futura che, per la sua non immediata imminenza, consente al minacciato di invocare la tutela dello Stato.

L'impostazione - marcatamente pubblicista dell'istituto - è confermata dall'ulteriore precisazione per la quale la reazione deve venire posta in essere **“nello stesso tempo”** dell'attacco. La reazione non potrà, quindi, essere posta in essere prima di un attacco eventuale, allo scopo di prevenirlo, né dopo, tramutandosi - viceversa - in vendetta, non liceizzabile da alcun ordinamento positivo.

La reazione difensiva per essere legittima deve anche rispettare un **requisito quantitativo**, poiché i **mezzi** impiegati per difendersi dovranno essere **proporzionati** alla **gravità** dell'attacco.

Per quanto attiene, invece, alla difesa di **beni di natura patrimoniale**, la disciplina è dettata dalla seconda parte dell'art. 122- 5 (*“crime ou (...) delit contre un bien”*).

Art. 122 - 5: (2) *“N'est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction.”*

Dalla lettura della norma, si desume innanzitutto che, per la difesa del patrimonio, sono richiesti **pre-supposti più rigorosi e stringenti** che non per la difesa personale: invero, non ogni attacco legittimerà la reazione, ma **solo** quelli che costituiscano un **delitto**, escludendo perciò dal novero delle aggressioni rilevanti ex art. 122-5, co. II, le contravvenzioni. Ciò porta ad escludere che la condotta non sussumibile quantomeno nel tentativo possa giustificare la difesa del patrimonio.

I diritti personali dell'aggressore potranno essere compressi per la tutela dei beni patrimoniali della vittima solamente quando l'aggressione nei loro confronti sia penalmente sanzionabile.

L'ordinamento francese interviene definendo direttamente il momento in cui l'aggressione è attuale, tipizzandola e sottraendola alla discrezionalità dell'interpretazione della magistratura: l'attualità coincide con la commissione di un delitto¹.

Per quanto attiene, poi, alla **reazione difensiva**, la stessa deve essere **“strettamente necessaria”** allo scopo di respingere la realizzazione del delitto contro il patrimonio: la difesa impiegata deve cioè rappresentare l'**unico mezzo**, nella disponibilità della vittima, ininterrottivo dell'illecito.

I **mezzi** difensivi impiegati dovranno, in ogni caso, essere **proporzionati alla gravità** dell'infrazione commessa dall'autore: il parametro di riferimento del giudizio di proporzionalità viene così ancorato ad un dato (almeno in parte) normativo, svincolato dal semplice richiamo al valore materiale dei beni in gioco.

La legge detta poi un chiaro **limite negativo** alla proporzionalità: nella difesa del patrimonio essa non sussiste se il difensore commette un **omicidio volontario**.

Il codice penale francese disciplina poi specificatamente la **legittima difesa domiciliare**, inserendo una **presunzione di legittimità** della difesa medesima, elencando talune circostanze il cui verificarsi esoneri chi ha commesso il fatto dall'obbligo di provare l'esistenza di tutti i requisiti della causa di giustificazione. Trattasi, tuttavia, di una presunzione relativa, suscettibile di prova contraria in sede processuale.

Art. 122 - 6: *“Est présumé avoir agi en état de légitime défense celui qui accomplit l'acte : 1° Pour repousser, de nuit, l'entrée par effraction, violence ou ruse dans un lieu habité ; 2° Pour se défendre contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence.”*

La **tutela del domicilio** e, congiuntamente, della persona e del patrimonio, è prevista nell'art. 122-6, secondo cui: *“Si presume che abbia agito in stato di legittima difesa colui il quale ha commesso l'atto: 1° per respingere, di notte, l'ingresso con effrazione, violenza o inganno in un luogo abitato; 2° per difendersi dagli autori di furto o saccheggio eseguiti con violenza”*.

In virtù di questa norma, viene accordata una protezione rinforzata ai beni del domicilio (1° ipotesi) e, congiuntamente, della persona e del patrimonio (2° ipotesi).

A fondamento di questa disciplina vi è il positivo apprezzamento di una esigenza privata di difesa particolarmente “forte”: la causa di giustificazione è presunta, privilegiando la difesa privata e ciò anche grazie al consolidato orientamento giurisprudenziale francese che è sfociato in un intervento legislativo modificativo della norma in parola nella sua versione oggi in vigore.

¹Importante sottolineare che il delitto deve essere in corso di esecuzione.

La scelta del codice penale francese, peraltro, si inserisce in un orientamento politico - criminale che accomuna vari paesi europei e nordamericani.

2. Il modello tedesco.

La legittima difesa è disciplinata dai §§ 32 e 33 del codice penale (*Strafgesetzbuch*).

In particolare, secondo il dettato del § 32, “(1) *Chi commette un fatto imposto dalla legittima difesa non agisce anti giuridicamente.*”.

La norma, poi, al secondo comma, definisce la legittima difesa come quella “*necessaria per respingere da sé o da altri un'aggressione attuale ed anti giuridica*”; pertanto, non agisce in maniera anti giuridica chi commette un fatto **imposto** dalla legittima difesa, **senza alcuna valutazione circa la proporzionalità** fra difesa ed offesa.

§ 32 **Notwehr** (1): “*Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig.* (2) *Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden*”

Il **vincolo della proporzione è assente** nel diritto positivo tedesco: l'StGB non conosce tale elemento liceizzante.

I giuristi tedeschi, interrogandosi sulla *ratio* della scriminante, sono concordi nel riconoscerne la duplicità: accanto ad un nucleo primo ed ineliminabile, di tipo individuale e privatistico, convive nell'istituto *de quo* un'importante componente pubblicistica.

Anche nell'ordinamento tedesco, pertanto, la legittima difesa si fonda sul primario diritto individuale alla propria autoconservazione, costituendo esso una radice sovralegale e parastatuale della scriminante.

Tuttavia, proprio il concetto dell’**imposizione della reazione difensiva**” introduce dei limiti al diritto di reazione, poiché tutte le volte in cui le esigenze di tutela individuale o pubblica sono sensibilmente scemate, per le specifiche caratteristiche della situazione concreta, altrettanto limitata dovrà essere la reazione difensiva, la quale oltre certe soglie sarebbe priva di giustificazione logico-razionale e quindi illegittima.

Nel sistema penale tedesco, al contrario di quanto avviene nell'ordinamento italiano, la legittima difesa incontra l'unico limite oggettivo espresso nella “**necessarietà**” della reazione, non rinvenendosi - come detto - il requisito normativo della proporzione tra aggressione e reazione difensiva: solo dottrina e giurisprudenza hanno cercato di rimediare a tale lacuna.

Non viene esclusa *ab origine* l'anti giuridicità del fatto, ma, quest'ultimo non viene punito, **difettando nell'agente la colpevolezza**, non meritando egli alcun rimprovero, essendo inesigibile un diverso comportamento nell'agente: nel classico caso dell'omicidio di un ladro introdottosi nottetempo in un'abitazione, la dottrina è propensa a riconoscere la non punibilità dell'omicida, nonostante l'anti giuridicità del fatto, per mancanza di colpevolezza.

Il diritto di difesa, anche armata – in base al precedente § 32 – è generalmente riconosciuto anche nel caso del ladro che fugge con la refurtiva, sempre che l'opzione difensiva prescelta sia davvero l'unica percorribile, e non ci sia un'evidente sproporzione tra i beni, che però nella specie viene ritenuta qualora si tratti di beni patrimoniali di modesto valore o facilmente sostituibili.

Questa impostazione è coerente con il fatto che l'asse portante della responsabilità penale, nel sistema tedesco, è rappresentato proprio dalla **colpevolezza**, nella sua concezione "normativa" e non "psicologica". Il §46², a tal proposito, precisa infatti che la colpevolezza dell'autore è il fondamento per la commisurazione della pena.

Il diritto penale tedesco è un diritto penale della colpevolezza in cui si registra una decisa accentuazione dei profili soggettivi della responsabilità. In tale contesto, anche la scriminante della legittima difesa è costruita marginalizzando i suoi requisiti oggettivi e valorizzando quelli soggettivi.

E' opportuno poi evidenziare il ruolo svolto dagli **elementi soggettivi delle scriminanti**: nel sistema tedesco, affinché un fatto tipico possa essere giustificato, non è sufficiente che siano presenti i requisiti oggettivi della scriminante; è anche necessario che l'agente si rappresenti l'esistenza della causa di giustificazione ed agisca con *animus* corrispondente.

Nel caso della legittima difesa è, dunque, necessario che la vittima dell'aggressione reagisca - - rappresentandosi l'aggressione anti-giuridica - con l'intento di difendersi dalla stessa.

L'unico limite contemplato dall'autodifesa privata è, quindi, quello dell'esistenza di una situazione di pericolo imminente che rende necessaria la reazione difensiva.

Nonostante l'apparente illimitatezza del diritto di difesa, nel § 32 StGB. il limite dell'attualità del pericolo viene espresso con una locuzione diversa e più stringente di quella ex art. 52 c.p., in quanto lo StGB. parla di un "attacco" già "presente" e non di un semplice "pericolo" più o meno "imminente": la differenza terminologica sembra voler dire che la soglia oltre la quale scatta la *notwehr* è posticipata rispetto ai nostri parametri, precludendo ogni possibilità di difesa anticipata.

In realtà, non vi sono significativi scollamenti rispetto alla disciplina italiana: l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale ritiene che l'aggressione sia attuale quando essa può dirsi imminente o prossima ad iniziare, appena iniziata, non ancora conclusa: l'attualità sussiste quindi sin dal pericolo della lesione e fino al momento in cui la lesione si consuma, esaurendo così l'attacco.³

La disciplina in esame è poi completata dalla **scusante** introdotta dal § 33 (**Eccesso di legittima difesa**): "Non è punito l'autore che eccede i limiti della legittima difesa a causa di turbamento, paura o panico."

§ 33 Überschreitung der Notwehr "Überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken, so wird er nicht bestraft."

Pur senza escludere l'anti-giuridicità del fatto, vengono delineati **ambiti di non punibilità molto ampi**, al punto tale che si potrebbe persino sostenere che ogni fatto commesso con l'intento di difendersi, vada esente da pena stante l'assoluta vaghezza del richiamo a stati emotivi e passionali della vittima – la c.d. **eccitazione astenica - (turbamento, panico, paura)** che ne ostacolerebbero un'adeguata organizzazione del pensiero e dell'azione.⁴

²§ 46, comma 1, StGB: *Principi della commisurazione della pena*. La colpevolezza dell'autore è il fondamento per la commisurazione della pena. Sono da tenere in considerazione gli effetti che ci si può attendere dalla pena sulla futura vita sociale dell'autore.

³Il concetto di attualità non va confuso con le ipotesi in cui l'aggressione ancora non è sorta, sebbene sia assai probabile o certo il suo futuro subentro: in altri termini, l'aggressione attuale, per quanto anticipata, è pur sempre un'aggressione "presente", e come tale è ben diversa dall'aggressione "futura". La situazione descritta non ha mancato di suscitare dubbi e discussioni nella dottrina tedesca, soprattutto con riguardo all'eventualità in cui l'ultimo momento utile per respingere la futura offesa certa venga a porsi prima dell'inizio di essa: in tali casi infatti, la mancanza di uno dei limiti strutturali dell'istituto ne impedisce l'operatività.

⁴Nel nostro ordinamento, invece, l'art. 55 c.p., pur estendendo a tutte le scriminanti la figura dell'eccesso, rimanda alla disciplina dei reati colposi; secondo il codice penale italiano l'eccesso colposo è comunque punito - purché il reato commesso preveda l'ipotesi colposa -, diversamente da quanto accade nel sistema tedesco in cui la scusante in parola esclude qualsiasi risposta sanzionatoria.

Dalla lettura di questa disposizione si potrebbe, financo, far discendere un'ulteriore implicita presunzione: nell'animo di chi è vittima di un'aggressione, sarà sempre rinvenibile, quantomeno, uno stato di paura. La paura è, infatti, un'emozione primaria di difesa, provocata da una situazione di pericolo: spesso è accompagnata da una reazione organica, di cui è responsabile il sistema nervoso autonomo, che prepara l'organismo alla situazione d'emergenza, disponendolo all'apprestamento delle difese che si traducono solitamente in atteggiamenti di fuga, ovvero di lotta.⁵

Emergono chiare le ragioni di politica criminale sottese ad una scelta di non punibilità sì ampia: l'ordinamento tedesco, in un'ottica soggettivistica, ha inteso privilegiare l'**atteggiamento psicologico dell'agredito**, in quanto tale necessariamente turbato dall'altrui aggressione e potenziale preda di istinti irrazionali di difesa, sino a garantire l'impunità anche della reazione ingiustificata.

Importante poi dare contezza del dettato della norma di cui al § 213, rubricata «Casi di omicidio meno gravi» – espressiva di una **concezione “cinetica” dell'omicidio** – che tratta dell'ipotesi in cui *“l'omicida sia stato senza sua colpa eccitato all'ira da parte dell'uomo ucciso, per un maltrattamento od una grave offesa arrecata a lui o ad un congiunto, e a causa di ciò sia stato immediatamente trascinato alla commissione del fatto, ovvero sussista altrimenti un caso di minore gravità”*.

§ 213 Minder schwerer Fall des Totschlags *“War der Totschläger ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einem Angehörigen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung von dem getöteten Menschen zum Zorn gereizt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingerissen worden oder liegt sonst ein minder schwerer Fall vor, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren.”*

L'esame della norma positiva lascia intendere come, al momento della redazione dello StGB, fosse predominante nella visione del Legislatore tedesco la valorizzazione del diritto del singolo all'autoconservazione: tale conclusione si trae dall'assenza di qualsivoglia richiamo alla valutazione del rapporto tra offesa e difesa.

Giova, infine, precisare che nell'ordinamento tedesco, diversamente da quanto accade in quello italiano, **non esiste** una disciplina specifica della **legittima difesa domiciliare**.

3. Profili civilistici della legittima difesa nell'ordinamento francese e in quello tedesco

Di sicuro interesse sono le ricadute civilistiche dell'esimente in parola, in termini di **risarcibilità o meno del danno cagionato dalla vittima all'aggressore**.

Sia nell'ordinamento francese, sia in quello tedesco, non è rinvenibile alcuna norma che possa essere sovrapposta all'art. 2044 del nostro codice, a mente del quale *“Non è responsabile chi cagiona il danno per legittima difesa di sé o di altri”*.

La responsabilità civile **francese** è, fundamentalmente, imperniata su due norme:

- 1) l'art. 1382 *Code Civil*, in base al quale *“ogni fatto dell'uomo, che causa danno ad altri, obbliga colui per la cui colpa è avvenuto a risarcirlo”*;
- 2) l'art. 1383 *Code Civil*, secondo cui *“la responsabilità si configura non soltanto per i danni imputabili ad un fatto proprio, ma anche per tutti quelli cagionati per negligenza o imprudenza”*.

⁵Gli **“stati d'animo”** sono, tuttavia, estremamente soggettivi, posto che attengono alla singola psiche e, come tali, **difficilmente trasferibili** in una norma di legge necessariamente connotata da tassatività e determinatezza.

Art. 1382 Code Civil: “*Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*”.

Art. 1383 Code Civil: “*Chacun est responsable du dommage qu’il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence*”.

Il sistema francese dell’illecito civile, sostanzialmente atipico, “aperto” e privo di un riferimento codicistico all’antigiuridicità, si basa su tre elementi:

- a) la *faute*, ossia la **colpevolezza**, consistente nell’inosservanza di un dovere di comportamento che poteva essere conosciuto dall’autore del danno e, a sua volta, articolantesi in “*faute délictuelle*” (fatto doloso nella civilistica italiana) e “*faute quasi-délictuelle*” (il nostro fatto colposo);
- b) il *dommage*, ovvero il **danno**, inizialmente riferibile ai soli diritti soggettivi assoluti, ma successivamente estesi anche nell’area dei meri interessi di fatto;
- c) il *lien de causalité*, ossia il **nesso di causalità** tra condotta del danneggiante e pregiudizio patito dalla vittima.

L’ambito applicativo della regola aquiliana contenuta nell’art. 1382 *Code Civil* viene definito a livello dottrinale mediante il rinvio alla teorica delle esimenti (e, in particolare, dell’esercizio di un diritto): gli atti costituenti esercizio di un diritto, anche quando produttivi di un danno nella sfera giuridica altrui, non danno origine all’obbligo risarcitorio in favore della vittima; tale principio rimane valido, in ogni caso, fintantoché del proprio diritto non si abusi: l’esercizio di un diritto, in altre parole, può essere lecito o illecito (in caso di abuso) e, soltanto in quest’ultima ipotesi, potrà trovare nuovamente applicazione la regola aquiliana.

Si può, quindi, desumere che la “**legittima difesa**” laddove riconosciuta sussistente, oltre ad escludere la responsabilità penale dell’agente, ne escluderà anche quella civile.

Nell’**ordinamento tedesco** i fatti illeciti non sono previsti espressamente quali fonti di obbligazione; in altre parole, *non ogni interesse viene tutelato ovvero non ogni lesione di un qualsiasi interesse viene sanzionato*.

I principali requisiti/criteri perché sorga un obbligo risarcitorio sono:

- a) è illecito soltanto ciò che lede alcuni **diritti di primaria importanza** oppure **contrasta con una norma imperativa** posta a tutela dei privati;
- b) **ingiustizia del danno**: l’atto o il fatto deve, cioè, essere contrario alla legge;
- c) l’**elemento soggettivo**: essenziale è la colpa. Se l’illecito è doloso e, peraltro, contrario al buon costume si prescinde dal requisito della tipicità dell’illecito protetto. Se, invece, manca la colpa, è necessaria una speciale disposizione che ne dichiari l’illiceità civile.

Nel descritto contesto, il § 823, comma 1, StGB, da un lato, richiama i requisiti fondamentali della **colpevolezza del danneggiante** e del **nesso di causalità** e, dall’altro, si discosta dal modello francese esplicitando quali ulteriori necessari presupposti l’**antigiuridicità** e la **lesione di un diritto assoluto**, ovvero dei seguenti beni giuridici ivi espressamente elencati:

- 1) la vita, ovvero l’uccisione del soggetto, la quale peraltro non fa nascere nessun diritto a favore di quest’ultimo, ma solo a favore di terzi (ad esempio, il diritto di chi per legge doveva ricevere prestazioni da parte dell’ucciso al risarcimento del danno in forma di rendita (§ 845));
- 2) il corpo, ovvero la lesione dell’integrità fisica dell’individuo, risarcibile solamente nell’ipotesi in cui l’aggressione sia giuridicamente rilevante;
- 3) la salute, ovvero qualsivoglia pregiudizio perpetrato ai danni delle funzioni interne di un individuo;
- 4) la libertà, intesa come libertà di movimento;

- 5) la proprietà (in senso ampio, comprendendovi anche la semplice privazione del valore d'uso del bene in questione);
- 6) i "diritti ulteriori" (trattasi di una norma di chiusura attraverso la quale applicare la regola aquiliana rispetto ad ogni posizione giuridica simile a quelle esplicitamente individuate dalla norma in parola).

Ciò premesso, posto che laddove la vittima abbia agito in costanza di "legittima difesa", difetta in lui **la colpevolezza** - non meritando egli alcun rimprovero, essendo inesigibile un suo diverso comportamento - viene meno uno dei requisiti necessari perchè la condotta dell'agente/vittima possa essere chiamato a risarcire il danno cagionato al suo aggressore.

Più problematica appare, invece, la norma penalistica dell'**eccesso di legittima difesa** che, se da un lato manda esente da responsabilità penale l'agente / vittima, non pare poter escludere un suo obbligo risarcitorio ai sensi del § 823, in specie II comma, a mente del quale: "1. *Chi dolosamente o colposamente lede illecitamente la vita, il corpo, la salute, la proprietà o un altro diritto altrui, è obbligato verso l'altro al risarcimento del danno da ciò derivante. 2. Lo stesso obbligo incombe su chi viola una legge che mira alla tutela di un altro. Se secondo il tenore della legge è possibile una violazione di questa anche senza colpa, l'obbligo di risarcimento sorge solo nel caso di colpa.*"

§ 823 Schadensersatzpflicht (1) *Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. (2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. 2Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.*

Avv. Cristina Pugnoli

L'ultima nota breve:

[A.S. 773 - Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla manipolazione di competizioni sportive \(n. 26 - ottobre 2018\)](#)

nota breve

sintesi di argomenti di attualità
del Servizio Studi del Senato

I testi sono disponibili alla pagina:

<http://www.senato.it> – leggi e documenti – dossier di documentazione. Servizio studi – note brevi

www.senato.it