

Floriana Colao

Paura e legittima difesa. Questioni di «moderame» tra Otto e Novecento

### 1. Introduzione. Un mosaico di problemi per tutte le stagioni

Tra le «false idee di utilità» Beccaria annoverava «le leggi che proibiscono di portare armi» e quelle «non prevenitrici ma paurose dei delitti»<sup>1</sup>. Con la forza dei classici questa pagina scolpisce il circuito tra autodifesa, paura, politica del diritto penale come tratto essenziale della modernità; pone il tema della polarità tra la dimensione pubblica dello *ius puniendi* dello Stato – vocato a rassicurare le hobbesiane paure reciproche – e jheringhiana lotta privata dei cittadini per difendere la vita e i beni, strettamente intrecciati. Tra Otto e Novecento lo scontro in campo aperto, il duello, lasciava il posto all'intrusione clandestina nella sfera privata; la legittima difesa aveva un senso nel bisogno di un 'sentirsi sicuri', soggettivo e collettivo<sup>2</sup>; pertanto l'istituto era costruito dai legislatori con criteri meno rigorosi e proporzionati rispetto al punire pubblico. In ogni sistema giuridico l'eccesso di autotutela trovava però limiti nel *Crime of Self Defence*<sup>3</sup>; Pellegrino Rossi coglieva la percezione dell'Europa liberale, il «diritto di difesa, legittimo nel suo principio», ha un *quid* di «quasi brutale nella sua attuazione»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Torino, Einaudi, 1965, p. 95.

<sup>2</sup> Cfr. almeno P. Robert, *Il cittadino, il crimine, lo Stato* (1999), Macerata, eum, 2013, p. 214; C.R. Carnestein, *Law of fear: beyond the precautionary principle*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; R. Cornelli, *Paura e ordine nella modernità*, Milano, Giuffrè, 2008; D. Zolo, *Sulla paura. Fragilità, aggressività, potere*, Milano, Feltrinelli, 2011.

<sup>3</sup> G.P. Fletcher, *A Crime of Self Defence. Bernhard Goetz and the Law on Trial* (1988); tr. it. *Eccesso di difesa*, presentazione di E. Grande, G. Neppi Modona, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 23, 29, 43.

<sup>4</sup> P. Rossi, *Trattato di diritto penale*, Milano, Borroni e Scotti, 1852, p. 116.

Nel rincorrersi di certi ‘archetipi’, *iustus timor, fur nocturnus, adgreditus non habet staderam in manu*<sup>5</sup>, la legittima difesa è parsa «figura che non ha storia»<sup>6</sup>: dall’antropologia medievale dell’uomo preda delle paure, Carmignani approdava alla considerazione del «*metus qui cadat in constantem virum*». La «coazione per timor d’un male»<sup>7</sup>, scusante dell’eccesso, ispira recenti proposte dottinali e legislative<sup>8</sup>, mentre si ripropongono certe rappresentazioni, positiviste e non solo, di aggrediti «onesti»<sup>9</sup>, che difendono sé e la società dal «*forbannitus, ex lege privato della tutela del diritto*». Questi argomenti erano respinti dalla dottrina perfino nel 1942<sup>10</sup>, sulla scorta del ‘sempreverde’ Carrara, da un lato ‘campione’ del diritto *naturale* della «difesa privata», dall’altro critico delle retoriche sull’«ucciso che si è meritato la morte», sulla «supposta perdita del diritto alla vita dell’aggressore»<sup>11</sup>.

Dall’Unità ai giorni nostri la legittima difesa è stata dunque considerata un *diritto*, altro dallo stato di necessità e dall’uso legittimo delle armi; ha avuto una particolare forza comunicativa verso i cittadini, col chiamare in causa le rappresentazioni del crimine e delle vittime, i beni tutelati, l’uso delle armi, il ‘senso di giustizia’ della società, tra giusta comprensione per l’aggredito e percezione dell’ingiustizia di una reazione sporzionatamente violenta, ‘quasi una pena’. La penalistica ha colto questa ‘dimensione costituzionale’ dell’istituto, con una riflessione segnata dall’‘ideologia’ degli autori: tra ‘due estremi’ Giulio Paoli – nel 1925 firmatario del Manifesto Croce – al tempo del codice Rocco *in fieri* argomentava che la grande fondazione *ne cives ad arma veniant* implicava l’autotutela violenta come *extrema ratio*<sup>12</sup>; nel 1910 l’illiberale e ‘criminofobo’ Manzini tematizzava uno ‘sconfinato’ strumento di giustizia pubblica, e chiedeva «al governo» di istituire corpi di cittadini «contro la delinquenza e la malavita»<sup>13</sup>. Dal 1919 i privati in armi in Europa erano prota-

<sup>5</sup> Indicazioni in C. Pecorella, *Cause di giustificazione, circostanze attenuanti e aggravanti dalla glossa alla cosiddetta riforma del diritto penale* (1957), ora in Id., *Studi e ricerche di storia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1955, p. 56; L. Lacchè, *Loca occulta. Dimensioni notturne e legittima difesa: per un paradigma del diritto di punire*, in M. Sbriccoli (a cura di), *La Notte. Ordine, sicurezza e disciplinamento in età moderna*, Firenze, Ponte alle Grazie, 1991, p. 127.

<sup>6</sup> T. Padovani, *Difesa legittima*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, Utet, 1989, p. 498.

<sup>7</sup> G. Carmignani, *Juris criminalis Elementa*. Editio tertia, I, Pisis, Nistri, 1822, p. 52; Id., *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Pisa, Nistri, 1831, II, p. 127.

<sup>8</sup> A. Gargani, *L’autotutela privata tra istanze securitarie e i valori costituzionali*, in G.M. Grassi (a cura di), *Sicurezza e autotutela*, Pisa, Pisa University Press, 2017, pp. 24 ss.

<sup>9</sup> G. Fioretti, *Sulla legittima difesa. Studio di criminologia*, Torino, Bocca, 1886.

<sup>10</sup> A.D. Tolomei, *Offesa ingiusta e legittima difesa*, «La Scuola positiva», 1942, 22, p. 358.

<sup>11</sup> F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena*, Bologna, il Mulino, 1993, p. 202.

<sup>12</sup> G. Paoli, *Sulla legittima difesa. La fuga*, «Rivista penale», 1927, 52, p. 297. Indicazioni sull’avvocato e penalista in V. Tolasi, *Paoli, Giulio*, in I. Birocchi *et al.* (a cura di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna, il Mulino, p. 1503.

<sup>13</sup> V. Manzini, *La politica criminale e il problema della lotta contro la delinquenza e la malavita*, «Rivista penale», 1911, 74, p. 9. Sulla *Prolusione* «anticipazione e promessa di fascismo» cfr. M. Sbric-

gonisti della «politica della Grande guerra in tempo di pace»<sup>14</sup>, in una pratica di violenza dagli esiti ben diversi dal beccariano ed americano *Right to Bear Arms*, «*a well regulated Militia [...] necessary to the security of a free State*»<sup>15</sup>.

Quanto alla paura nel sistema penale nazionale, essa si rivelava come una sorta di ‘convitato di pietra’, dal momento che la codificazione poggiava sul soggetto ‘forte’ e razionale, ma «la giuria popolare concedeva la scusa» nel caso del «terrore che travolge la serenità del giudizio [...] rasenta ma non è l’infermità di mente». In questi termini De Marsico – relatore del disegno di legge-delega per la riforma dei codici<sup>16</sup> – era testimone della difficoltà di disciplinare la ‘zona grigia’ della *perturbatio animi*, tra il «fondato timore per la sicurezza personale», (codice Zanardelli), ed il «pericolo attuale di un’offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all’offesa», (codice Rocco). L’insistenza della dottrina sul non dover giudicare «ex post», a mente fredda, implicava un tener conto dell’emotività dell’agredito; la diffidenza per una nozione non ‘giuridica’, ‘psicologica’, era tra i motivi che consigliavano il legislatore dell’Italia liberale e quello dell’Italia fascista di evitare l’identificazione della legittima difesa con la ‘parente scomoda’, la vendetta, pur protagonista *evergreen* del penale<sup>17</sup>.

## 2. Francesco Carrara, professore e avvocato, e il codice della «dottrina moderna»

Nell’anno accademico 1859-1860 Carrara indicava il cuore vitale del *Diritto della difesa pubblica e privata*, «diritto», non «scusa». Rispetto ai tempi della vendetta, l’autotutela appariva ‘giuridica’ solo se il «presidio pubblico» fosse stato «tardo», e la «giusta necessità» di «conservazione della vita innocente» avesse reso necessaria la «soppressione della vita dell’aggressore». La

coli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 638. Il testo è ricordato da G. Fiandaca, *Illegittima difesa*, «Il Foglio», 1 Giugno 2017.

<sup>14</sup> G.L. Mosse, *Le guerre mondiali: dalla tragedia al mito dei caduti*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 172.

<sup>15</sup> Fletcher, *Eccesso* cit., p. 247; più recentemente E. De Cristofaro, *Una libertà controversa. Il diritto di portare armi negli Stati Uniti*, disponibile in «il rasoio di Occam», <<http://ilrasoiiodioccam-micromega.blogautore.espresso.repubblica.it/2013/04/12/una-liberta-controverosa-il-diritto-di-possedere-e-portare-armi-negli-stati-uniti/>>; E. Grande, *Stati Uniti: le armi da fuoco, le stragi e un diritto da far West*, in «Questione Giustizia», <[http://questionegiustizia.it/articolo/stati-uniti-le-armi-da-fuoco-le-stragi-e-un-diritto-da-far-west\\_12-09-2018.php](http://questionegiustizia.it/articolo/stati-uniti-le-armi-da-fuoco-le-stragi-e-un-diritto-da-far-west_12-09-2018.php)>.

<sup>16</sup> AAPP., tornata 28 Maggio 1925, pp. 3859 ss. Sul protagonista del diritto e della politica nel Novecento Mazzacane, *De Marsico, Alfredo, Dizionario biografico dei giuristi italiani* cit., pp. 695-697.

<sup>17</sup> «La storia del ‘penale’ può essere pensata come la storia di una lunga fuoruscita dalla vendetta [...] la fuoruscita dalla vendetta non è, da secoli, impresa da poco». M. Sbriccoli, *Giustizia criminale*, in Id., *Storia* cit., pp. 3, 44.

*Prolusione* guardava ad un soggetto libero, indisposto, a ragione, a «lasciarsi uccidere», «verità apodittica che ognuno sente nel cuore»; l'esclusione della responsabilità per la «perturbazione» dell'animo non convinceva Carrara, ostile al rilievo delle «passioni», simulabili in tribunale, che avrebbero 'declassato' il diritto a scusa<sup>18</sup>. In quegli stessi anni il *Programma* tematizzava il diritto naturale dell'individuo e la difesa pubblica «sussidiaria»; ammetteva il «timore» di un «male non ancora patito» come «fondamento *di fatto* della scriminazione», e collocava quello «giuridico» nel «diritto di difesa della vita propria e altrui». Carrara affermava poi la «regola assoluta» che «il male minacciato» si dovesse misurare secondo le «ragionevoli opinioni» dell'agredito, non secondo ciò che con «maturo esame si è conosciuto dal giudice»; definiva «erronea» la «vecchia formula» del timore «astratto», diverso nell'«intrepido e nel pusillanime». Ripeteva che eliminare l'imputabilità «per impeto di paura» – come nel codice prussiano – mutava la «legittimità in scusa». Quanto alla difesa dei beni, il *Programma* insegnava che «la legge dell'ordine non può preferire il male irreparabile della morte di un uomo al male riparabile dell'offesa alla proprietà». I requisiti della «ingiustizia, gravità, inevitabilità» della minaccia parevano sussistere anche nel caso dei «viaggiatori sequestrati», che, «a sangue freddo», riuscivano a massacrare i «briganti» addormentati, in un esercizio legittimo del «diritto anzi dovere della propria conservazione»<sup>19</sup>.

La portata ampia dell'istituto era ribadita da Carrara nella difesa in appello alle Assise di Lucca di Antonio Macchi, condannato dal tribunale di Livorno per omicidio in eccesso di difesa a tre anni di carcere, il massimo previsto dal codice penale toscano. Carrara stigmatizzava dunque il «gravissimo errore», ricordando che l'assistito, «pazientissimo e onestissimo cittadino», «di meschina corporatura», «agredito in bottega», aveva esploso un «revolver», provocando la morte del «giovane di robusta persona, di indole fiera e temuta e carico di pregiudizii», già condannato per «resistenza alla pubblica forza». Prendeva le distanze dalla teorica della «parità delle armi», adatta ai «duelli», descritti dai «vecchi pratici»; quasi a citare l'antica *excuse se defendendo*, argomentava che il Macchi era stato costretto con le spalle al muro da un potenziale omicida, che poteva strappargli la pistola o nascondere «uno stilo». Carrara non chiamava in causa la paura dell'assistito, che – stando ai testimoni – aveva lucidamente intimato all'intruso «ferma o ti brucio»; piuttosto indicava l'«obbiettivo della reazione», non «la morte di un nemico», ma

<sup>18</sup> F. Carrara, *Diritto della difesa pubblica e privata (Prolusione al corso accademico dell'anno 1859-1860)*, in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, I, Prato, Giachetti, 1878, pp. 105 ss.

<sup>19</sup> Carrara, *Programma* cit., pp. 194-208. Sugli stati emotivi in Carrara e nella codificazione cfr. E. Musumeci, *Emozioni, crimine, giustizia. Un'indagine storico-giuridica tra Otto e Novecento*, Milano, FrancoAngeli, 2015, pp. 31 ss.

sottrarsi ad un «imminente pericolo». Citando il diritto romano, Bartolo, Baldo, Struvio, concludeva con successo che la condanna – revocata il 1 settembre 1877 – suonava come «cancellare il titolo della legittima difesa dai codici penali»<sup>20</sup>. Nel *Programma* ricordava di aver sostenuto con successo in tribunale che la legittima difesa non poteva essere riconosciuta al solo «giudicabile che avesse ucciso l'assassino dopo che egli era stato morto da lui»<sup>21</sup>.

L'impostazione carrariana segnava sia la prima grande opera di Enrico Ferri, che il *Progetto* del 1921; nella *Teorica* la «forza moderata», da estendere a tutti i diritti, era connotata dal «fine» di difendersi e dall'impossibilità di reagire in altro modo non violento all'«attacco ingiusto»<sup>22</sup>. L'avvocato Francesco Girardi dedicava alla *Difesa legittima* una monografia dall'impianto storico, che dal diritto romano giungeva a quello «odierno». Nel 1884 ripercorreva la dottrina francese, che, nel silenzio del *code pénal* sull'eccesso non punibile, teneva conto del «terrore» di chi aveva «oltrepassato i limiti della difesa». Guardava al codice tedesco, per proporre a quello italiano *in fieri* lo «stato di paura», che avrebbe configurato un'«irregolarità della difesa che non merita di essere incriminata», anche in nome del principio carraiano della «servitù alla legge, non all'uomo, che a nostro danno conculca la legge»<sup>23</sup>. Nel codice Zanardelli la rilevanza della paura – talora prevista nei lunghi lavori preparatori – era esclusa, in considerazione del turbamento scontato in ogni persona aggredita, e per fissare limiti oggettivi per il giudice. L'art. 49 comma 2 era inserito nel titolo *Dell'imputabilità e delle cause che la escludono o la diminuiscono*, tra l'uso legittimo delle armi e lo stato di necessità, «non è punibile chi ha commesso il fatto [...] costretto dalla necessità di respingere da sè o da altri una violenza attuale e ingiusta»; l'art 50 disciplinava l'«eccesso». La casistica dei codici preunitari rientrava nel richiamo dell'art. 376 ai capi «dell'omicidio» e della «lesione personale», ove si leggeva in filigrana la tradizione romanistica della legittima uccisione del ladro notturno da parte di chi era stato «costretto dalla necessità di difendere i proprii beni [...] di respingere gli autori di scalata, rottura e incendio alla casa o ad altro edificio di abitazione o le loro appartenenze, qualora ciò avvenga di notte o l'edificio o le loro appartenenze siano in luogo isolato, e vi sia fondato timore per la sicurezza personale di chi vi si trovi». L'ampio *Commentario* di Crivellari tematizzava la continuità tra il codice, il «Diritto antico», la «dottrina moderna»; definiva «regola assoluta» che il male minacciato avesse i carrariani caratteri dell'«ingiustizia, gravità, inevitabilità», e che fosse stato possibile per l'aggre-

<sup>20</sup> F. Carrara, *Una questione di moderame*, in Id., *Opuscoli cit.*, VII, pp. 373-384.

<sup>21</sup> Carrara, *Programma cit.*, p. 202.

<sup>22</sup> E. Ferri, *Teorica dell'imputabilità e negazione del libero arbitrio*, Firenze, Barbera, 1878, pp. 562 ss.

<sup>23</sup> F. Girardi, *Della difesa legittima*, Napoli, Morano, 1884, p. 67.

dito – pena l'eccesso – scansare la minaccia con «la preghiera, acclamazione, fuga». Questa la condizione «perchè al timore si accordi il potente effetto di rendere legittimo un atto violatore dei diritti altrui e materialmente contrario alla legge», laddove il «moderame» non doveva essere valutato *ex post*, ma in base alle «ragionevoli opinioni del minacciato»<sup>24</sup>. Alla dottrina il nodo della difesa violenta dei beni pareva «argomento grave, periglioso, sottile»; nella tutela dei *beati possidentes* la giurisprudenza era apprezzata come «evolutiva per bisogni impellenti di giustizia», per un più «largo concetto» rispetto alla «lettera della legge»<sup>25</sup>.

### 3. Legittima difesa come «giustizia sociale»

Nel 1884 Angelo Mosso fissava la fisiologia della paura, rilevabile negli effetti sul sistema respiratorio e cardiovascolare tramite un apparecchio; l'opera, dalle grande fortuna editoriale, trovava applicazioni anche in campo giudiziario<sup>26</sup>. Con lo spostare l'attenzione dal reato all'uomo e donna delinquenti 'in carne e ossa', il positivismo criminologico diffondeva nella società paure individuali e collettive in virtù di popolari generi letterari. In particolare Guglielmo Ferrero ricostruiva il ruolo sociale de *The Fear of Death*; tematizzava organismi forti e sani, indifferenti alla paura della morte, di contro a deboli timorosi, in un'osservazione 'antropologica' in sintonia col sentire della società di fine secolo ed oltre<sup>27</sup>. Quanto alla legittima difesa, un ampio «studio di criminologia» di Giulio Fioretti si apriva con la critica dei «troppi ostacoli che si creano al privato nella difesa personale» da parte di certo «sentimentalismo dottrinario». Il positivista riconosceva alla «mente vastissima del Carrara» l'aver sollevato l'istituto «dal grado di mera scusante a quello di diritto», e l'aver messo a fuoco la «coazione [...] costringimento che il grave male imminente esercita sull'uomo», non lontano, in questo, dalla «scuola criminale positiva». Ai 'classici' Fioretti opponeva però un'autotutela contro «il ladro, non già contro la sola figura astratta del furto»; da qui la critica delle «leggi generalissime», «in balia dei giudici e all'industria dei difensori», con l'istituto ridotto ad una «specie di conteggio [...] ad ogni piccola quantità di

<sup>24</sup> G. Crivellari, *Il codice penale per il Regno d'Italia...*, III, Torino, Unione tipografica editrice, 1892, p. 508. Sulla proporzione, requisito tacito A. Szegö, *Ai confini della legittima difesa. Un'analisi comparata*, Padova, Cedam, 2003, p. 292.

<sup>25</sup> U. Conti, *Sull'eccesso di difesa*, «La legge», 1905, 45, p. 51; analogamente G. Battaglini, *Sulla legittima difesa*, «Rivista italiana di diritto penale», 20, 1933, pp. 338 ss.

<sup>26</sup> A. Mosso, *La paura*, Milano, Treves, 1884, su cui P. Marchetti, *La confessione dell'imputato tra ricerca della verità ed ermeneutica del soggetto*, in L. Luparia, L. Marafioti (a cura di), *Confessione. Liturgia della verità e macchine sanzionatorie*, Torino, Giappichelli, p. 20.

<sup>27</sup> G. Ferrero, *The Fear of Death*, «Popular Science Montly», 1897, pp. 236, su cui Cornelli, *Paura* cit., p. 233.

eccesso corrisponde un pò di legittima difesa». La monografia considerava le diverse paure, per cui il «delinquente» aveva «timore della resistenza dell'agredito»; l'«onesto», più del «timore per la sicurezza personale», paventava l'«onta che può derivare da un pubblico giudizio». Questo «timore» doveva essere scongiurato, dal momento che respingere il «malfattore» era un atto di «giustizia sociale». Da qui l'auspicio – accolto in parte dal codice Zanardelli – a togliere l'istituto dalle «scusanti dei reati contro le persone» e «stamparla a grandi caratteri nei primi articoli», liberando l'«onesto da ogni coazione psicologica per essersi virilmente difeso»<sup>28</sup>.

Questo ideario non era appannaggio della sola Scuola positiva: Stoppato commentava favorevolmente una sentenza della Cassazione, che aveva applicato l'art. 376 nel caso di un «dottore», che aveva nascosta in casa una doppietta, azionata inavvertitamente da un ladro pluricondannato, entrato nell'abitazione con una chiave falsa e rimasto ucciso. Per il giurista rilevava il «fondato timore» per la «sicurezza personale» del 'padrone in casa propria' – pur assente – libero di apprestare mezzi anche mortali di difesa. Stoppato riconosceva che «galantuomini» e «ladri» avevano entrambi diritto alla vita; al tempo stesso argomentava che, tramite il lavoro, la proprietà diveniva un bene 'incorporato' nella persona. La sentenza appariva all'«unisono con la vita palpitante della società»; i ladri erano avvertiti del fatto che, anche con gli *offendicula*, i «derubati erano autorizzati a giustiziarli»<sup>29</sup>.

Nel 1894 il libro di Ferretti era ristampato con una *Appendice* di Adolfo Zerboglio, che da un lato riproponeva il 'canone' degli «anormali», da mettere in condizione di «non nuocere»; dall'altro asseriva che a rendere la «difesa impunita» non era la qualità di chi si difendeva, non necessariamente onesto, ma l'«attentato ad un diritto». La valutazione era rimessa al «prudente arbitrio del giudice», che si auspicava orientato non dai «filosofemi teoretici e speculazioni astratte», ma dalle «concezioni umane dei bisogni della convivenza sociale e della vita». Al proposito Zerboglio criticava una sentenza della Cassazione, che aveva indicato come requisito della legittima difesa l'oggettiva «inevitabilità del pericolo»; ne prospettava una «soggettiva», laddove anche solo l'incontro a distanza col «famigerato briccone» poteva ingenerare nel soggetto il timore di una minaccia. Da qui la proposta di integrare la formula dell'eccesso con l'aggiunta del «grave ed imminente pericolo di incorrere in una violenza attuale e ingiusta» e dello «speciale turbamento psicologico dell'agredito»<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Fioretti, *Su la legittima difesa* cit., p. 810.

<sup>29</sup> A. Stoppato, *Il diritto del proprietario di apprestare nella sua casa mezzi per uccidere il ladro notturno*, «La Cassazione unica», 1898, 23, col. 386, su cui Lacchè, *Loca occulta* cit., pp. 127 ss.

<sup>30</sup> G. Fioretti, A. Zerboglio, *La legittima difesa*, Torino, Bocca, 1894, pp. 102, 132.

Lo spostamento del discorso dal piano oggettivo dei beni in gioco a quello soggettivo degli agenti era al centro di una fortunata difesa di Ferri, che ispirava alla Corte di assise di Modena il verdetto di assoluzione nei confronti di ventiquattro imputati per un «delitto collettivo», una rissa che aveva lasciato sul terreno cinque morti e sette feriti. Nel 1893 il principe del Foro argomentava che il «fondamento psicologico» e «giuridico» della legittima difesa poggiava sulla «persuasione di trovarsi in pericolo di vita e di difendersi». Poneva il caso di Tizio, che, tornando a casa, si fosse imbattuto in un individuo che a lui pareva «sospetto»; pertanto, «preso da timore», assaliva il soggetto. Questi, che si trovava lì «senza intenzioni», a sua volta «sopraffatto da un atto che a lui pareva ingiusto», «reagiva per difendersi». Ferri convinceva le Assise che tutti gli imputati dovevano essere assolti per «legittima difesa reciproca», pur nella consapevolezza di sostenere una «teoria che farebbe inorridire ogni buon criminalista classico». L'«esito felice» della laboriosa istruttoria e del lungo dibattito era celebrato nella «funzione sociale» del portare la pace nelle famiglie degli «accoltellatori» della borgata romagnola; il verdetto era indicato come «mezzo preventivo contro lo strascico di rancori e ripetizioni di simili fatti»<sup>31</sup>.

#### 4. Una «politica criminale» per le «condizioni italiane»

Nel *Trattato di diritto penale* di Manzini il fondamento della «giustificante e la scusante dell'eccesso» erano riposti nel «diritto positivo e necessità», con il «buon senso» a imporsi su «ogni filosofia». Al tempo stesso il 'pontefice' del metodo tecnico-giuridico concordava con il 'filosofico' Carrara nel cogliere la *ratio* dell'istituto nella «concessione ipotetica e condizionata di una potestà pubblica fatta al privato per ragione di necessità», in un'accentuazione del profilo pubblicistico rispetto a quello individualistico del maestro lucchese. Nel ricorso a «mezzi esuberanti rispetto allo scopo di respingere l'altrui violenza attuale e ingiusta», Manzini tematizzava un bilanciamento dei «mali» in conflitto. Le norme del codice Zanardelli apparivano «in sostanza opportune e giustificate»; concedere «più ampie facoltà di privata reazione» pareva «impolitico», fomite di «disordine sociale», e per sminuire il «prestigio o autorità della polizia e della giurisdizione». Manzini rifletteva inoltre sui dati circa la «causale della difesa della proprietà nei delitti di sangue» dal 1880 al 1889, ed asseriva che «questa feroce avarizia deve essere combattuta e non secondata dallo Stato»<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> E. Ferri, *Legittima difesa reciproca* (1893), in Id., *Difese penali*, Torino, Bocca, 1925, p. 545.

<sup>32</sup> V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, Utet, 1908, II, pp. 233, 208.

Dal piano scientifico del *Trattato* Manzini si spostava a quello della «politica criminale», con una *Prolusione*, che nel 1910 auspicava quel che sarebbe occorso dieci anni dopo. Il motivo dominante era la paura della «delinquenza» e «malavita», che della prima era il «putrido vivaio»; la cronaca dei giornali sembrava specchio di ‘nuovi tempi’, con i 100 mila criminali l’anno, dei quali almeno 150 candidati all’«estremo supplizio», se il codice Zanardelli non l’avesse improvvidamente abolito. «Date le condizioni italiane», il «sistema penale» appariva infatti adatto più alla «psiche della gente colta e onesta che a quella dei malfattori»; ne era esempio proprio la disciplina della legittima difesa, emblema dell’«effeminato sentimentalismo per i peggiori membri della società». Manzini asseriva dunque che gli articoli 49 e 376 avevano la «potenzialità di tutela del galantuomo dal malfattore», ma che erano opportune «norme processuali integratrici», una «speciale procedura istruttoria», «voi sapete di poter reagire violentemente contro l’ingiusto aggressore, ma conoscete a quante vessazioni processuali, a quante spese, e a che gravi pericoli vi esporreste reagendo effettivamente? E questa previsione paralizza fatalmente, e talora letalmente, le oneste energie reattive, a tutto beneficio dei criminali la cui audacia cresce alimentata dalla convinzione di non trovare resistenza». La *Prolusione* si spostava poi al «campo etico», nella tensione a «diffondere la persuasione dell’erroneità del concetto per cui sia quasi vergognoso portare armi a proprio difesa»; oltre il rapporto aggressore/vittima, Manzini definiva «dovere sociale [...] intimidire e disperdere la malavita». Al proposito ironizzava sugli «agenti della pubblica forza muniti di armi perchè le portino e non le adoperino»; chiedeva al «Governo di promuovere e favorire quelle benemerite associazioni private che hanno per iscopo di concorrere con la polizia nella lotta contro la delinquenza»<sup>33</sup>.

Nel nesso prevenzione repressione, tema dominante in questi anni, Longhi proponeva di accordare all’autodifesa una «tutela sempre più larga a salvaguardia dei beni come ad ogni altro diritto»<sup>34</sup>. La rappresentazione di un’Italia afflitta da crimini violenti, pur nella diminuzione di omicidi, ispirava la legge Orlando, detta del coltello, che aggravava le sanzioni per le lesioni personali e sottoponeva il possessore a misura di polizia<sup>35</sup>. Battaglini – studioso dell’istituto nei due codici – condivideva l’idea manziniana della «sinergia con lo Stato», nella sottolineatura ranellettiana dello Stato unico depositario del «dovere giuridico di lottare contro la criminalità [...] lo stesso non accade nel privato». Il penalista toscano osservava che, «nello stato del suo funzionamento attuale», la legittima difesa non operava come «contromotivo al rea-

<sup>33</sup> Manzini, *La politica criminale* cit. p. 5.

<sup>34</sup> S. Longhi, *Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale*, Milano, Giuffrè, 1911, p. 116.

<sup>35</sup> P. Garfinkel, *Criminal Law in Liberal and Fascist Italy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 114.

to»; si doveva dunque «togliere la timidezza» verso l'istituto, con un «rapido e speciale procedimento per sottrarre l'autodifensore a qualunque modestia da parte del potere pubblico», in primo luogo il carcere preventivo, lesivo dei diritti dei «galantuomini».

Battaglini affrontava anche il tema dell'«eccesso di difesa», per non «riconoscere il diritto di uccidere il ladro di un grappolo d'uva». Il gaiano *Adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere* era coniugato con la tensione per una difesa privata esercitata nei limiti della legalità, «tema vecchio, ma eternamente nuovo». Il penalista toscano riconosceva che lo Stato autorizzava l'autotutela con limiti più larghi rispetto alla difesa statale; d'altro canto sottolineava che il cittadino, cui «necessitasse la opposizione al reato», non rivestiva le vesti dell'«autorità o del punitore, ma quelle di autodifensore, giuridicamente autorizzato» dallo «Stato subordinato al diritto, lo Stato giuridico». Era questo il «nocciolo dei rapporti antitetici tra difesa pubblica e privata», laddove l'articolo 49 pareva indicare una jellinekiana «autorizzazione giuridica riflessa, non diritto subiettivo». Quanto agli stati psicologici, Battaglini coglieva il nodo tra la «rappresentazione dell'autodifensore» e l'assunto per il quale «il giudizio sulla legittimità dell'atto» non competeva a chi lo respingeva, pur nella «plausibile credenza di difendersi da un torto». Al tempo stesso giustificava la «falsa rappresentazione del pericolo», dal momento che l'«autodifensore, uomo cosciente», obbligato a denunciare al pubblico ministero la «repulsione violenta», non aveva avuto «tempo di instaurare un giudizio in quel momento». Battaglini concludeva che il non facile giudizio sul non aver oltrepassato i «limiti imposti dal diritto obiettivo» non spettava a chi respingeva la minaccia, ma al giudice, «cui incombe una difficile funzione di psicologo, prima che di applicatore del diritto». Citando il Venezian di *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, Battaglini affermava che il «comando di non eccedere nella violenza contro l'aggressore» non poteva imporre al minacciato una «fuga vergognosa», ma neppure il «farsi giustizia da sè», «a meno che non si voglia giungere a statuire la massima che la difesa del diritto sia in ogni caso incompatibile con lo stato di criminalità. E non so se alla nostra coscienza moderna e umanitaria contrasterebbe...»<sup>36</sup>.

##### 5. La «grande paura», lo Stato e la «difesa privata»

Con temi 'gravidi di futuro', quattro mesi dopo la Settimana rossa di Ancona, Alfredo Rocco affermava la necessità di «sostituire alla tutela dello Stato la difesa privata», per cui «la folla e il tumulto», i «nazionalisti in piazza»,

<sup>36</sup> G. Battaglini, *Il pericolo di offesa nella difesa legittima*, estr. dal *Supplemento* alla «Rivista penale», 20, 1911, pp. 3 ss., 12.

erano funzionali a «sostenere lo Stato». Il docente argomentava che «il privato interviene quando lo Stato è disgregato [...] non è quindi la difesa privata in sé da condannare, ma il ritorno dello Stato italiano a epoche ormai superate della evoluzione giuridica»<sup>37</sup>. Dal 1915 la successione discorsiva guerra-diritto-difesa, pubblica e privata, aveva un senso anche nella rappresentazione giuridica e percezione sociale della giustizia; era significativa la *Prolusione*, tenuta a Napoli nel febbraio 1917, da Arturo Rocco, che indicava il «diritto non solo organizzazione di pace [...] lotta che il diritto combatte per la conservazione e la difesa della sua stessa esistenza»<sup>38</sup>.

Nel 1944 Calamandrei avrebbe ripensato all'Italia del primo dopoguerra, ai reazionari e ai liberali in preda alla paura dei «rossi», che avevano guardato alla violenza fascista come ad una sorta di «legittima difesa»<sup>39</sup>. La penalistica del tempo portava un contributo a questa rappresentazione; al tempo della «grande paura» dell'occupazione delle fabbriche da parte delle guardie rosse in armi, il *Trattato* di Manzini descriveva i «corpi armati», «anarchici e comunisti da un lato e fascisti dall'altro», per cui i primi, «abbandonandosi a delitti di ogni specie [...] determinarono l'attività dei cosiddetti fascisti»<sup>40</sup>. Lucchini, cantore nel 1919 di una «nazione armata» nel segno del «sentimento patriottico» e dell'«educazione fisica», affidava la difesa dello «Stato esautorato» ai «fascisti (delitti a parte)». La «tragedia di Matteotti» avrebbe provocato la «disillusione» dell'anziano penalista, critico della 'costituzionalizzazione' della «milizia», «patente negazione di ogni finalità nazionale»<sup>41</sup>.

Dal canto suo nel biennio rosso e nero la giurisprudenza negava l'usurpazione di pubbliche funzioni nel fatto dei fascisti sostituitisi alla «polizia ufficiale»; in tema di legittima difesa ed 'eccesso di fascismo' si escludevano la scusante e l'attenuante per il «perturbamento» alla vista dell'arrivo della spedizione punitiva; si distingueva – coerentemente con le pagine di Lucchini – tra la delinquenza comune delle «bande armate», gli Arditi del popolo, e quella politica delle squadre d'azione fasciste, prive di «scopi delittuosi», «tacitamente autorizzate dal governo» nel «ristabilire l'ordine»<sup>42</sup>. In questa

<sup>37</sup> A. Rocco, *Contro la politica dei dubbi, delle incertezze e della rinuncia vile. I nazionalisti in piazza* (1914), in Id., *Scritti e discorsi politici*, Milano, Giuffrè, I, p. 189.

<sup>38</sup> Art. Rocco, *La pena e le altre sanzioni giuridiche*, «Rivista penale», 85, 1917, p. 349.

<sup>39</sup> P. Calamandrei, *Il fascismo come regime della menzogna*, Roma-Bari, Laterza, 2014. Sulle origini del fascismo nell'Italia in preda alla «paura della pace» cfr. F. Fabbri, *Le origini della guerra civile. L'Italia dalla grande guerra al fascismo, 1918-1921*, Torino, Utet, 2009, pp. 3 ss.

<sup>40</sup> Manzini, *Trattato* cit., V, Torino, Utet, 1921, p. 672.

<sup>41</sup> Cfr. rispettivamente L. Lucchini, *Il nuovo assetto dei popoli*, «Rivista penale», 89, 1919, pp. 73 ss.; Id., *Volpi soparaffine*, ivi, 1921, 94, p. 80; Id., *Chi semina vento, raccoglie tempesta*, ivi, 50, 1924, p. 10. Cfr. ora M.N. Miletti, *Dall'adesione alla disillusione. La parabola del fascismo nella lettura panpenalistica di Luigi Lucchini*, in I. Birocchi, L. Loschiavo (a cura di), *I giuristi e il fascismo del regime (1918-1925)*, Roma, Roma TrE-Press, 2015, p. 302.

<sup>42</sup> Indicazioni in P. Giudici, *Squadre di azione fasciste e Arditi del popolo*, «La Scuola positiva»,

stagione il *Progetto* Ferri – che avrebbe stravolto il sistema penale in nome della «difesa sociale» – nel Libro I manteneva quasi inalterata la struttura zanardelliana della legittima difesa; l'art. 19 era collocato nel titolo II, *Il delinquente*, capo I, *Della responsabilità*, «il fatto è giustificato, agli effetti penali, quando sia compiuto [...] per la necessità di difendere sè od altri da una violenza attuale e ingiusta»<sup>43</sup>.

#### 6. Lo «spiccato rigore tecnico» del codice penale nel fascismo

Nel codice del 1930 l'assetto della difesa legittima, unica fattispecie generale e astratta, pareva opera di 'giuristi' più che 'ideologi', banco di prova della «continuità di caratteri, discontinuità ideologica»<sup>44</sup> dell'istituto, 'precipitato' della dottrina e giurisprudenza in tema di interpretazione ampia degli articoli 49 e 376 del codice Zanardelli. Nel 1925 il guardasigilli Rocco spiegava dunque alla Camera il senso di una «riforma» nel segno della «difesa contro i delinquenti»<sup>45</sup>; il fortunato intreccio di «giustizia e repressione»<sup>46</sup> aggregava il consenso verso il regime. La legittima difesa diveniva l'argomento principale della pena di morte che non «repugna al diritto»; il ritorno del boia di Stato 'vinceva la paura' del crimine nell'immaginario collettivo. Con particolare lucidità l'ancora abolizionista Ferri coglieva che gli attentati al Duce e il caso misterioso delle bambine uccise a Roma – al momento senza colpevole – generavano nella società «apprensioni di un eccezionale momento storico», per cui la pena di morte era rappresentata dal governo, e percepita dalla società, come un «esercizio di legittima difesa dello Stato»<sup>47</sup>.

L'art. 54 del *Progetto* del 1927 e la Relazione del guardasigilli rifuggivano da queste retoriche, nel limitarsi a sostituire la zanardelliana «violenza attuale e ingiusta» con la previsione di un nesso tra offesa e difesa e con la tutela di

1922, 2, pp. 118 ss.; A. Zerboglio, *Il fascismo: dati impressioni, appunti*, Bologna, Cappelli, 1922; lodava i corpi armati a difesa della società, in opera prima della guerra il magistrato E. Vulterini, *Arditi comunisti e squadre di azione fasciste*, «Rivista di psicologia», 1922-1923, 18-19, pp. 161 ss., 29 ss.

<sup>43</sup> *Progetto preliminare di Codice penale per i delitti (Libro I)*, «La Scuola positiva», 1, 1921, p. 136.

<sup>44</sup> Sbriccoli, *Caratteri originari* cit., p. 643. Ridimensiona la distanza tra diritto romano, codice Zanardelli e codice Rocco A. Cadoppi, «*Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto*». *Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 1386 ss.; propende per la discontinuità D. Siciliano, *Della violenza nel diritto penale fascista. Il caso della legittima difesa a tutela del patrimonio*, Firenze, Alfani, 2013, p. 92.

<sup>45</sup> A. Rocco, *Discorsi parlamentari*, Bologna, il Mulino, 2005, p. 242; sulla qualità tecnica del codice Rocco G. Vassalli, *Passione politica di un uomo di legge*, ivi, p. 13; P. Costa, *Rocco, Alfredo*, in Birocchi et al. (a cura di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani* cit., pp. 1701-1704.

<sup>46</sup> L. Lacchè, *Tra giustizia e repressione: i volti del regime fascista, Introduzione*, in L. Lacchè (a cura di), *Il diritto del duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Roma, Donzelli, 2015, p. IX.

<sup>47</sup> E. Ferri, *Pena di morte e difesa dello Stato*, «La Scuola positiva», 1926, 6, p. 390.

tutti i diritti, «non è punibile colui che ha commesso un fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un'offesa grave e ingiusta»<sup>48</sup>. Al consigliere di Cassazione Marongiu la norma appariva foriera della «più larga applicazione», con il «libero corso all'esercizio della difesa privata per ogni e qualsiasi diritto offeso». Il magistrato proponeva di mantenere inalterata la formula del codice Zanardelli in nome dell'«autorità» del regime fascista, che aveva salvato l'Italia dalle fazioni in armi del dopoguerra; estendere la legittima difesa oltre quella personale suonava «abdicare» ad uno dei «più gelosi poteri» dello Stato, col rischio dell'«anarchia». Delitala – docente alla Cattolica – apprezzava l'ampliamento oltre la difesa personale; al tempo stesso poneva il gran tema della proporzione come «limite», assente nel codice Zanardelli, ma necessario, anche per impedire un'eccessiva discrezionalità nella valutazione delle circostanze, tra queste gli stati d'animo. Se il diritto dei privati all'autodifesa doveva avere margini maggiori dello *ius puniendi* dello Stato, erano i «limiti» ad evitare la trasformazione della «difesa in oltraggio». Delitala ripeteva con Venezian la necessità di conservare «una certa proporzione fra i diritti attaccati e i diritti degli attaccandi», con un'implicazione 'ideologica', «il derubato, sebbene sia nel diritto, non è tutta la società, ed il ladro non è fuori della società, sebbene sia nel torto»<sup>49</sup>.

Con un ampio scritto su *Rivista Penale* Paoli passava in rassegna il diritto romano e la codificazione moderna, Grozio e Pufendorf, Carrara e Manzini; affermava che la giustizia «non può imporsi con la forza privata». Il «quesito» era quello, «disputato», del danno da evitare con la fuga – sottratta al comune sentire di «ignominosa» – a condizione che apparisse altrettanto sicura della reazione violenta. Il penalista fiorentino 'nobilitava' dunque il *commodus discessus* – l'allontanarsi 'di soppiatto' – a suo dire previsto nella formulazione sulla violenza «che non si poteva altrimenti evitare» (art. 49); discuteva l'indirizzo giurisprudenziale dell'inesistenza dell'obbligo; criticava la dottrina circa il «legislatore che non può imporre un atto di viltà». Al proposito tesseva un 'elogio della paura', nel ricordo di un 'mitico' garibaldino, che, pur impaurito, avanzava; ed argomentava che quel legittimo stato d'animo, a torto ritenuto «spregevole» per un «popolo virile», accomunava in realtà «chi fugge e chi spara». Oltre la «scoria fattistica» – l'avvocato Paoli era consapevole che pochi, se armati, fuggivano davanti alla pistola spianata – pareva importante evitare al codice una «proporzione mostruosa»<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> *Relazione Rocco*, in *Progetto preliminare di un nuovo codice penale*, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1927.

<sup>49</sup> *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, III, Roma, 1928, Tipografia delle Mantellate, pp. 402 ss.

<sup>50</sup> Paoli, *Legittima difesa* cit., p. 297.

Nella Commissione ministeriale Manzini ribadiva la differenza tra «galantuomo» e «manigoldo», e proponeva di estendere l'istituto ad ogni «interesse giuridicamente protetto», oltre il «diritto». Arturo Rocco spiegava invece il *Progetto* col «risalire ai principi», argomentando che, dopo le «prime fasi dell'evoluzione giuridica», lo Stato, appena «consolidato», non aveva più potuto permettere «che ciascuno si facesse ragione da sè (reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni)». La legittima difesa, «residuo storico dell'antica difesa privata», era indicata come il solo caso in cui la legge «ammette eccezionalmente che il privato possa far valere i propri diritti». Il «concetto di proporzione» tra azione e reazione pareva poter risolvere i problemi interpretativi; Arturo Rocco asseriva che la previsione «pericolo di offesa» – «pericolo concreto, non futuro o immaginario» – evitava di legittimare la «difesa preventiva privata [...] uno non può legittimamente difendersi contro un individuo [...] solo perchè alla faccia gli sembra pericoloso»<sup>51</sup>. Nella *Relazione* al Progetto definitivo il guardasigilli ripeteva che, dalla vendetta dei tempi «non civili», lo Stato, in «momenti eccezionali», ammetteva il diritto alla difesa privata, legittima purchè proporzionata all'«attacco che si vuole respingere»; definiva il testo «in armonia con la tendenza dottrinale e legislativa oggi nettamente prevalente in tutte le Nazioni»<sup>52</sup>.

Quanto agli stati emotivi e passionali, approdati all'irrelevanza ex art. 90, Battaglini vedeva nel *Progetto* l'«interprete della comune coscienza degli Italiani»; Paoli coglieva l'attitudine del timore dell'agredito a rientrare nel «gioco» delle circostanze attenuanti<sup>53</sup>; il guardasigilli rimetteva il «problema di politica criminale» ai magistrati, che parevano in sintonia con lo «spirito del tempo». Per l'eccesso colposo, rispetto ai «limiti stabiliti dalla legge», Rocco indicava la percezione di un «esagerato pericolo» in chi avrebbe potuto difendersi con altri mezzi non mortali, come «ferire»; dichiarava di aver secondato il «criterio di una relativa indulgenza», esclusa nell'eccesso doloso. La putativa era collocata tra le «circostanze non conosciute o erroneamente supposte», con una doverosa «larga considerazione verso il supposto aggredito»<sup>54</sup>. Tra i rilievi della Commissione parlamentare, il presidente e senatore D'Amelio – dal 1923 primo presidente di Cassazione – sottolineava la necessità di evitare «atti violentissimi» a tutela di «diritti trascurabili»; De Blasio metteva in guardia dall'«ampiezza enorme dell'impunità», con l'esempio dell'uccisione del ladro in fuga per riprendere il portafoglio «rubato»; Stoppato proponeva con De Blasio il mantenimento della formula zanardelliana, ritenuta «più pre-

<sup>51</sup> *Lavori preparatori* cit., I, pp. 165 ss.

<sup>52</sup> Ivi, V, p. 36.

<sup>53</sup> Ivi, III, p. 15.

<sup>54</sup> *Relazione Rocco* cit. pp. 143, 97, 100.

cisa»<sup>55</sup>. Si approdava all'art. 52, «Difesa legittima. 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». Nella *Relazione* al Re il guardasigilli aggiungeva che la proporzione non era ancorata ai soli diritti in gioco, e che la gravità dell'offesa era legata al «modo in cui si offende», al prisma cruciale delle «circostanze e modalità», affidata alla discrezionalità del giudice entro i binari codicistici<sup>56</sup>. Il *'Commentario'* di Saltelli e Di Falco sottolineava che il legislatore aveva lavorato soprattutto a che il «moderamen» non «trasmodasse in diritto di lotta privata»<sup>57</sup>, ed a taluni l'art. 52 pareva più restrittivo dell'art. 49<sup>58</sup>. Altri, in prospettiva comparata, sottolineavano il «progresso»<sup>59</sup> e lo «spiccato rigore tecnico»<sup>60</sup>; in quest'orizzonte Tullio Padovani avrebbe elogiato la «sapienza giuridica» del 1930, nell'impietoso confronto con la riforma del 2006<sup>61</sup>.

Negli immediati commenti al codice si ripeteva la rappresentazione rocciana dell'istituto come *extrema ratio*, «residuo della ragion fattasi», superato dalla 'moderna' «difesa dello Stato»; non si evocavano 'giustizieri' della società, ma una «prudenziale misura dell'agente», «non è esatto dire che ognuno in casa propria può fare quello che crede colle cose proprie». L'art. 52 pareva inteso a «non sacrificare deliberatamente la vita di un uomo»<sup>62</sup>, ed applicabile anche nel «caso raro di assenza assoluta di colpa», con l'esempio di un soggetto che, «di notte», preso dal «tremor panico» nel sentir bussare alla porta, sparava «senza coscienza e volontà» allo sconosciuto, privo di intenzioni aggressive. Si sottolineava – pena l'eccesso – che il «turbamento» dovesse essere tale da «far scomparire ogni ipotesi di colpa» in condotte definite «antigiuridiche, ma non meritevoli di pena»; si aggiungeva che l'«autore del reato» doveva comunque dimostrare «la necessità che lo ha costretto alla

<sup>55</sup> *Atti della Commissione parlamentare chiamata a dare il proprio parere sul progetto di un nuovo codice penale*, Roma, Tipografia delle Mantellate 1930, pp. 74 ss.

<sup>56</sup> *Relazione Rocco* cit., VII, Roma 1930, p. 49. Sul tema cruciale cfr. ora D. Negri, M. Pifferi (a cura di), *Attualità e storia delle circostanze del reato. Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità*, Milano, Giuffrè, 2016.

<sup>57</sup> Sulla sintonia con le conclusioni del Congresso internazionale di diritto penale di Varsavia cfr. C. Saltelli, E. Romano di Falco, *Commento teorico pratico del codice penale con prefazione del guardasigilli Alfredo Rocco*, Roma, Tipografia delle Mantellate, I, p. 312.

<sup>58</sup> G. Marciànò, *Il nuovo codice penale (innovazioni)*, Napoli, Jovene, 1932, p. 82.

<sup>59</sup> L. Zimmerl, *L'art. 52 del codice penale italiano dal punto di vista sistematico*, «Rivista italiana di diritto penale», 3, 1931, p. 360.

<sup>60</sup> G. Penso, *La difesa legittima*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 104.

<sup>61</sup> T. Padovani, *Un modello di equilibrio normativo minato da ambiguità e incertezze*, «Guida al diritto», 2006.

<sup>62</sup> Penso, *La difesa legittima*, cit., pp. 142 ss.

reazione» al magistrato, cui era rimessa la valutazione delle «condizioni psichiche del cittadino nel momento in cui si difende», ferma restando la distinzione tra «semplice timore» e «pericolo vero», «stato di fatto», non «riflesso psicologico»<sup>63</sup>.

### 7. *Un epilogo?*

Nella giurisprudenza dell'Italia repubblicana la legittima difesa ha 'fatto i conti' con i limiti rocchiani circa l'irrelevanza degli stati d'animo e con la dottrina coeva e successiva; in particolare la Cassazione ha escluso l'attualità del pericolo nella predisposizione dell'agente alla paura, in una eco dell'indirizzo angloamericano per cui l'emotività del codardo non giustificava l'omicidio<sup>64</sup>. Sono state rare le sentenze per eccesso incolpevole, ipotesi non riscontrata, ad esempio, nel 'caso di scuola' dei colpi letali successivi al primo<sup>65</sup>. Quanto ai tentativi di riforma del codice Rocco, la legittima difesa è stata banco di prova di ideologie diverse: dopo un iniziale disinteresse, il Progetto Grosso – a metà anni Sessanta autore di una monografia costituzionalmente orientata<sup>66</sup> – fissava una gerarchia dei valori costituzionali, 'la vita prima della roba'; considerava inoltre il profilo soggettivo dell'agredito, aggiungendo alla previsione «pericolo attuale» la formula «percepito dall'agente». La Commissione Nordio indicava il 'tipo d'autore' del rapinatore armato, e prevedeva la scriminante dell'uso delle armi contro la violenta e «clandestina» intrusione domiciliare, tale da destare «ragionevole timore»; la Commissione Pisapia teneva conto del «grave turbamento psichico, timore o panico»<sup>67</sup>.

Rispetto alle stagioni del codice Zanardelli e del codice Rocco è da tempo 'saltato' il rapporto scienza giuridica-operatori del diritto-legislatore; nella XIV legislatura le novelle sulla legittima difesa e la recidiva non erano ispirate dalla 'scuola della ragione', ma dal circuito paura-sicurezza, preteso cuore vitale del rapporto Stato-cittadino. La presunzione di proporzionalità nella legittima difesa domiciliare era un altro capitolo della risalente 'partita' tra governo e magistratura; il legislatore intendeva correggere la giurisprudenza, ritenuta

<sup>63</sup> Saltelli, Romano di Falco, *Commentario cit.*, p. 491; A. Borghese, *Il nuovo codice penale*, Milano, Giuffrè, 1931, p. 130; E. Jovane, *Innovazioni essenziali nel nuovo codice penale*, Torino, Utet, 1931, p. 48; Battaglini, *Sulla legittima difesa cit.*, p. 333; Penso, *La difesa legittima*, cit., pp. 177-178; sulla scriminante applicabile, nei limiti, in ogni reato colposo, se commesso «per difendere un proprio diritto dal pericolo d'un'incombente aggressione» cfr. G. Delitala, *Legittima difesa e reato colposo*, «Rivista italiana di diritto penale», 11, 1940, pp. 540 ss.

<sup>64</sup> Indicazioni in Szego, *Ai confini cit.*, pp. 498 ss.

<sup>65</sup> Pagnini, *L'eccesso colposo nella legittima difesa. Un'introduzione*, in *Sicurezza ed autotutela cit.* p. 31.

<sup>66</sup> C.F. Grosso, *Legittima difesa e stato di necessità*, Milano, Giuffrè, 1964.

<sup>67</sup> Indicazioni in Szego, *Ai confini*, cit., pp. 69 ss., 353 ss.

orientata al *favor* per l'aggressore. La *Relazione* alla discussa legge del 2006 evocava dunque «branchi di uomini feroci – italiani o stranieri che siano – che non esitano a versare sangue innocente ed inerme, ad uccidere e torturare», quotidianamente impegnati nel violare il domicilio dei *possidentes*. Costoro, impauriti più che *beati*, erano chiamati a svolgere una funzione di giustizia 'sussidiaria' – nell'impossibilità di disporre di un poliziotto per ogni casa – in una prospettiva «etica statualistica», «scavalcando il legislatore fascista»<sup>68</sup>. L'*interpretatio* è parsa «sterilizzante»<sup>69</sup>; se l'accertamento processuale rimane ineludibile, alla fine del 2018 conta il messaggio populistico, giustizialista e vittimologico. La «figura che non ha storia» è pertanto il cavallo di battaglia di chi 'alimenta e governa la paura'<sup>70</sup> con lo *slogan* 'la difesa è sempre legittima', anche se 'gli avvocati al governo' conoscono la incompatibilità tra i principi costituzionali, sovranazionali e internazionali, e l'«offesa legittimata»<sup>71</sup>. Sono lontani i tempi del «rigore tecnico» del codice Rocco, impervia una «prospettiva liberale»<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> M. Barberis, *Legittima difesa e bilanciamenti*, in A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto*, oggi, Milano, Giuffrè, 2008, p. 94; sulla Novella populista al tempo del terzo governo Berlusconi cfr. almeno F. Palazzo, *La riforma dell'art. 52: aggiornamento o trasfigurazione della legittima difesa?*, ivi, pp. 53 ss.; N. Zanon, *Aspetti costituzionali della legittima difesa e della recidiva riformate*, ivi, pp. 73 ss.; V. Platamura, *L'omicidio per legittima difesa*, «Archivio penale», 3, 2014, pp. 858 ss., ivi, 2015, pp. 194 ss.

<sup>69</sup> Gargani, *L'autotutela* cit., p. 17.

<sup>70</sup> G. Scarpari, *Legittima difesa?*, disponibile in «Il Ponte», <<https://www.ilponterivista.com/blog/2016/03/10/1426/>>. Sulle proposte di riforma del governo gialloverde L. Pepino, *Il ministro della paura*, disponibile in «Volere la luna.it», <<https://volerelaluna.it/in-primo-piano/2018/06/22/il-ministro-della-paura/>>; E. Grande, *La legittima difesa negli usa; un buon modello per l'Italia?*, disponibile in «temi repubblica», <<http://temi.repubblica.it/micromega-online/la-paura-fa-90-la-legittima-difesa-armata-negli-usa-un-buon-modello-per-l-italia/>>.

<sup>71</sup> G. Insolera, *Dalla legittima difesa all'offesa legittimata?*, disponibile in «discrimen.it», <<https://discrimen.it/page/24/?cat=-1>>.

<sup>72</sup> D. Pulitano, *La legittima difesa tra retorica e problemi reali*, disponibile in «Diritto Penale Contemporaneo», <<https://www.penalecontemporaneo.it/d/5467-legittima-difesa-fra-retorica-e-problemi-reali/>>.

