

## SULLA LEGITTIMA DIFESA "DOMICILIARE": UNA SENTENZA EMBLEMATICA DELLA CASSAZIONE (CASO BIROLO) E UNA RIFORMA AFFRETTATA ALL'ESAME DEL PARLAMENTO

**A proposito di Cass. Sez. IV, 20 giugno 2018, n. 29515, Pres. Fumu, Rel. Ferranti, ric. Ursu e della progettata riforma della legittima difesa domiciliare (d.d.l. nn. 5, 199, 234, 253, 392, 412, 563, 652 - testo unificato)**

*Per la sentenza della Corte di Cassazione qui annotata clicca su "visualizza allegato".*

*Clicca qui per il testo del disegno di legge di riforma della legittima difesa (testo unificato), all'esame del Senato*

1. Mentre il **Senato** si accinge ad approvare, in prima lettura, un disegno di legge che mira a estendere ulteriormente l'area della **legittima difesa domiciliare**, è di prima dell'estate una sentenza della **Cassazione**, qui allegata, che nell'assolvere un **tabaccaio** per l'**omicidio di un ladro** mostra come, sulla base del diritto vigente, ben possano essere soddisfatte buona parte delle istanze sottese alla riforma in gestazione, della cui utilità è pertanto lecito dubitare.

La sentenza della Cassazione riguarda un caso di rilievo mediatico, risalente al 2012 e ambientato nella provincia di Padova. **Tre ladri si introducono di notte in una tabaccheria, sfondandone la vetrina con l'auto**, usata come un ariete dopo avervi legato una panchina. Una porta, situata nel retro-bottega, collega la tabaccheria con l'abitazione del proprietario, Franco Birolo, che sta ivi dormendo con la moglie e la figlia. Svegliato di soprassalto per il forte rumore e per le sirene dell'antifurto, il tabaccaio scende al piano sottostante, dopo avere preso con sé e caricato la **pistola**, legittimamente detenuta. Entrato nei locali della tabaccheria, si imbatte in uno dei ladri, intento a fuggire verso l'esterno, mentre gli altri complici si stanno dando alla fuga caricando la refurtiva nell'autovettura. Il tabaccaio preme il grilletto e cagiona la **morte del ladro**, con un unico colpo.

Nel **giudizio di primo grado** il tabaccaio viene **condannato per omicidio colposo**, dopo che il Tribunale di Padova ha riconosciuto, nelle circostanze di fatto, gli estremi di un **eccesso colposo** di legittima difesa (art. 55 c.p.); cioè di una situazione nella quale la scriminante è configurabile, ma l'agente ne ha oltrepassato colposamente i limiti, poiché era emerso che i ladri non erano armati e che pertanto non era necessario usare l'arma.

Nel **giudizio di appello**, invece, la sentenza veniva riformata e **il tabaccaio veniva assolto** per avere agito in stato di **legittima difesa putativa incolpevole** (art. 59 c.p.); cioè in una situazione rispetto alla quale, pur non essendo configurabile la legittima difesa (per difetto dei requisiti della necessità e proporzione, oltre che dell'attualità del pericolo per la propria o altrui vita), il fatto illecito non è rimproverabile all'agente, che ha ragionevolmente creduto di agire in stato di legittima difesa e, pertanto, di commettere un'azione lecita. Secondo la Corte d'Appello di Venezia, infatti, *"il 'modus operandi', in base al quale i tre complici avevano abbattuto la porta con un ariete, di notte, in pieno centro abitato, non scoraggiati nemmeno dagli allarmi entrati in azione, poteva far presagire ex ante al proprietario improvvisamente svegliato dal botto, con fragore di vetri e delle sirene degli allarmi, un'incursione aggressiva di persone al piano sovrastante, dove si poteva entrare senza difficoltà e dove si trovavano la moglie e la figlia quindicenne"*.

La **Corte di Cassazione** ha confermato la sentenza di assoluzione dichiarando inammissibile il ricorso della parte civile, volto a sollecitare una nuova valutazione dei fatti, oggetto di una motivazione logica e ampia da parte del giudice di appello. La Corte territoriale ha sì escluso che il ladro, in fuga all'interno del negozio e diretto verso l'esterno, abbia posto in essere atti di aggressione fisica nei confronti del tabaccaio; ma ha anche ritenuto che *"la situazione di penombra, il forte rumore, lo stress emotivo, la rapida successione di movimenti all'interno della tabaccheria dei tre complici, che avevano divelto il registratore di cassa e tre mensole contenenti la merce, possono avere indotto ragionevolmente e in maniera scusabile in errore il Birolo circa le effettive intenzioni di Ursu [il ladro], e la situazione erroneamente percepita come di imminente aggressione per sé o i suoi familiari, nel momento in cui, in uno stato di forte concitazione, ha fatto partire il colpo"*. In altri termini, osserva la Cassazione, *"la corte territoriale con giudizio ex ante ha valutato...tutte le circostanze di fatto, statiche e dinamiche, oggettive e soggettive, in relazione al momento della reazione e al contesto spazio-temporale, dando rilievo al complesso delle risultanze probatorie, e ha apprezzato e ritenuto scusabile, con giudizio logico e coerente, perciò insindacabile, l'errore di valutazione del Birolo circa la sussistenza dei presupposti di fatto, di proporzione e di necessità di difesa*, che rappresentano gli elementi costitutivi della legittima difesa".

2. La sentenza con la quale la Cassazione ha chiuso il caso Birolo, in applicazione dell'**art. 59, co. 4 c.p.**, ha determinato due conseguenze invocate dai sostenitori della nuova riforma della legittima difesa, all'esame del Parlamento: l'impunità dell'agredito e, insieme, l'esonero da responsabilità civile. Non perché il fatto sia stato considerato lecito (la legittima difesa, infatti, è stata ritenuta solo putativa); ma perché il fatto, illecito, non è stato considerato colpevole. La Cassazione, nel motivare circa l'interesse a impugnare della parte civile, ha ricordato infatti come, **secondo la giurisprudenza di legittimità, in caso di legittima difesa putativa l'autore del fatto è tenuto a corrispondere un equo indennizzo al danneggiato**, in applicazione analogica dell'art. 2045 c.c. (dettato in tema di stato di necessità); senonché **tale obbligo dipenderà, in sede**

civile, dall'accertamento della natura colposa o incolpevole dell'errore, in applicazione della regola generale di cui all'art. 2043 c.c. E sotto questo profilo (esclusione del carattere colpevole dell'errore), **la sentenza penale ha efficacia di giudicato nel giudizio civile di danno (ex art. 652 c.p.p.)**.

**3. Sulla base del diritto vigente (dal 1930), la sentenza in esame ha dunque raggiunto proprio i risultati (impunità ed esonero da responsabilità civile) cui mira la riforma in discussione in Parlamento.** E lo ha fatto – *senza frizioni con i principi costituzionali* – in rapporto a uno dei classici casi, controversi, di legittima difesa domiciliare: quello in cui i ladri vengono colpiti e cadono morti al suolo mentre sono in fuga, con la refurtiva. Non si tratta di un fatto lecito (cioè considerato dall'ordinamento la cosa giusta da fare, o una cosa che si può fare), bensì di un fatto illecito che comporta responsabilità penale (ai sensi degli artt. 55 o 59, co. 4 c.p.) nella misura in cui sia colpevole: perché doloso o colposo. Ma se invece, considerate le circostanze di fatto – ivi compreso il tempo di notte, la penombra, la paura, il panico, lo stress, la presenza di familiari nell'abitazione, ecc. –, il fatto è incolpevole, l'autore è al riparo da responsabilità penali e civili. Certo, dovrà attendere l'esito di un processo, la cui lunghezza (sei anni, nel caso di specie), non dipende dalla disciplina della legittima difesa ma da fattori estranei, che riguardano in generale i tempi dell'amministrazione della giustizia.

**4.** Letta nella settimana in cui il Senato si accinge con ogni probabilità ad approvare la riforma della legittima difesa domiciliare, la sentenza Birolo fa riflettere. Sembra infatti testimoniare *come le istanze sottese a quella riforma (quanto meno quelle più ragionevoli) possano essere in buona misura già intercettate dalla complessiva disciplina del codice (artt. 52, 55 e 59, co. 4 c.p.), senza ricorrere a modifiche che, per molti versi, pongono e porranno problemi di legittimità costituzionale.* Chi viene sorpreso nella propria abitazione, magari nel sonno, da ladri o rapinatori, normalmente viene colto dal panico e, come Franco Birolo, si trova ad agire in condizioni, soggettive e oggettive, del tutto peculiari, che è ragionevole tenere in considerazione. La Cassazione – questo è il punto – mostra come già *de iure condito* sia possibile farlo, senza stravolgere il sistema.

Il testo in discussione al Senato, risultante dall'unificazione di numerose proposte di legge (d.d.l. nn. 5, 199, 234, 253, 392, 412, 563, 652), presentate da Lega, Forza Italia e Fratelli d'Italia (nonché, nel caso del d.d.l. n. 5, per iniziativa popolare) – non anche, si noti, dal Movimento 5 Stelle –, si propone anzitutto di incidere sull'**art. 52 c.p.** in due direzioni:

- a) rafforzando la presunzione di proporzione inserita nel secondo comma, nel 2006;
- b) introducendo *ex novo*, in un quarto comma, un'ipotesi di presunzione di legittima difesa domiciliare.

**4.1.** Quanto al primo profilo, la riforma in discussione conserva inalterata la disciplina della legittima difesa nel domicilio (e luoghi equiparati, ivi compresi gli esercizi commerciali), introdotta come è noto nel 2006 – nel secondo e nel terzo comma dell'**art. 52 c.p.** – per volontà di uno degli stessi partiti (la Lega), ora come allora al Governo. L'unica modifica destinata a incidere sul testo delle norme introdotte nel 2006 riguarda l'aggiunta di un "**sempre**", nel **secondo comma**, dopo la parola "sussiste", riferita al **rapporto di proporzione** tra difesa e offesa, nei casi descritti dalla disposizione. Si tratta, a me pare, di una modifica che può avere un valore simbolico (richiama slogan che accompagnano l'introduzione della riforma: del tipo, "la difesa è sempre legittima") ma che non è destinata a incidere sull'applicazione della disposizione introdotta nel 2006 e, in particolare, sull'interpretazione consolidatasi in giurisprudenza a proposito dell'ipotesi più controversa (offesa diretta ai beni patrimoniali), in rapporto alla quale la presunzione opera, come è noto, solo in presenza di un contestuale pericolo per la persona. *Dire che il rapporto di proporzione sussiste "sempre", senza modificare le situazioni, normativamente descritte, in relazione alle quali la presunzione opera, non sposta di un millimetro, a me, pare, il problema sul tappeto*, che era e resta quello di stabilire se sussistono o meno le situazioni in presenza delle quali, per l'appunto, la presunzione legale introdotta nel 2006 può essere invocata. Detto altrimenti, è chiaro che, in presenza di quelle situazioni, la presunzione legale opera "sempre": sarebbe assurdo pensare che non operi "mai" o che operi "talora"!

**4.2.** Più problematica è la seconda proposta di modifica, tesa a inserire nell'art. 52 c.p. un quarto comma a norma del quale, nelle ipotesi di legittima difesa domiciliare, di cui al secondo e al terzo comma, "**agisce sempre in stato di legittima difesa colui che compie un atto per respingere l'intrusione posta in essere con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone**".

Qui il legislatore si spinge ben oltre la riforma del 2006, introducendo **una presunzione di legittima difesa**, cioè – questo è il punto – di tutti i requisiti della legittima difesa, ivi **compresa la necessità** e l'attualità del pericolo, che ne è un corollario. Se l'intrusione è avvenuta con violenza – alle persone o anche solo, si noti, alle cose (almeno così sembrerebbe), ovvero con minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte (anche solo di una) o di più persone, nei casi di cui all'art. 52, co. 2 e 3 c.p. ad essere presunta non sarebbe solo la proporzione tra difesa e offesa, ma anche, appunto, la necessità della difesa, che potrebbe essere invocata anche quando il pericolo poteva essere fronteggiato attraverso alternative lecite (es., la fuga dalla porta sul retro) o meno lesive (l'uso delle mani nude, anziché di una pistola, da parte di un proprietario di casa nerboruto, contro un ladro disarmato e gracile).

Torniamo al **caso Birolo** (sfociato in un esito assolutorio senza che abbia avuto alcuna rilevanza la disciplina della legittima difesa domiciliare, cioè la presunzione di proporzione ivi prevista). In quel caso un ladro è entrato con violenza nel domicilio dell'agredito, che per respingere l'intrusione ha usato una pistola, uccidendo il ladro, mentre questi era in fuga, con la refurtiva, disarmato. *De iure condito* quell'uccisione è illecita ma, per le ragioni anzidette, incolpevole. **La disposizione che si vorrebbe introdurre oggi, invece, consentirebbe di assolvere l'imputato non per difetto di colpevolezza, ma per aver commesso un fatto che l'ordinamento considera lecito** (la cosa giusta da fare o una cosa che comunque si può fare).

Lasciamo da parte il problema della proporzione tra difesa e offesa (tra i beni in gioco), che dovrebbe essere risolto attraverso un non immediato e per nulla cristallino coordinamento con l'art. 52, co. 2 c.p., così come interpretato, in modo costituzionalmente conforme, dalla Corte di Cassazione (il patrimonio non può essere difeso con le armi, a detrimento della vita dell'aggressore, se non corre pericolo, allo stesso tempo, anche la vita o l'integrità fisica dell'agredito). Pensiamo anche solo alla **presunzione di necessità della difesa** e domandiamoci: come può una simile presunzione essere compatibile con l'**art. 2 Cedu** (e pertanto con l'**art. 117, co. 1 Cost.**), se è vero che quella disposizione, nel tutelare il diritto fondamentale alla vita (anche del ladro), consente l'uccisione, per legittima difesa, solo nei limiti in cui l'uso della forza sia "**assolutamente necessario**"? A me pare che l'art. 2 Cedu non tolleri alcuna presunzione di necessità e imponga, invece, una puntuale verifica, in concreto, della necessità di questa o quella uccisione realizzata invocando la legittima difesa.

Se ciò è vero, e se resta vero che anche la presunzione di proporzione continuerebbe a incontrare il limite introdotto per via giurisprudenziale, e imposto dalla necessità di un'interpretazione conforme a Costituzione, che assegna alla vita un valore superiore al patrimonio, sembra doversi concludere con **una prognosi di sostanziale inutilità, all'atto pratico, della**

**disposizione oggetto della proposta di legge.**

5. La riforma in discussione interviene anche sulla disciplina dell'**eccesso colposo** (non anche, però, su quella della legittima difesa putativa). A tal proposito si propone di inserire nell'**art. 55 c.p.** un secondo comma dal seguente tenore: **"nei casi di cui al secondo, terzo e quarto comma dell'art. 52, la punibilità è esclusa se chi ha commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità ha agito nelle condizioni di cui all'articolo 61, primo comma, n. 5, ovvero in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto"**. In sostanza, si esclude la responsabilità per colpa nelle ipotesi in cui l'eccesso si realizzi in situazioni di minorata difesa dell'agredito, ovvero in stato di grave turbamento dello stesso. Il legislatore mira qui a realizzare un risultato che, *de iure condito*, già è possibile realizzare, come mostra il caso Biolo (sul terreno contiguo della legittima difesa putativa), attraverso la valutazione del giudice circa il carattere colposo o meno della condotta dell'agente. Non fidandosi del giudice, il legislatore mira a sottrarre spazio alle sue valutazioni discrezionali e a introdurre una sorta di presunzione legale di assenza di colpa, nelle date situazioni. È una logica che non mi pare condivisibile: il rischio di una presunzione legale di assenza di colpa è di escludere la responsabilità penale (e la corrispondente tutela della vittima) in casi nei quali il soggetto ha effettivamente agito per colpa. Si pensi ad es. al caso in cui l'agredito, sorpreso di notte nel suo appartamento, volendo minacciare con un'arma un ladro che sa essere disarmato lasci partire inavvertitamente un colpo mortale. In un simile caso la colpa dell'agente non potrebbe essere tenuta in considerazione e si dovrebbe considerare non rimproverabile un fatto rimproverabile.

A me pare – sul modello di quanto avviene in altri ordinamenti (ad es., in Germania) –, che **una soluzione più ragionevole, proprio a voler mettere mano alla disciplina dell'eccesso colposo, potrebbe essere quella di (limitarsi a) sottolineare come, al fine del giudizio di colpa, si debba tenere conto delle situazioni di minorata difesa della vittima e del relativo turbamento e stato emotivo**. E altrettanto sarebbe ragionevole fare rispetto alla valutazione del carattere colposo dell'errore in caso di **legittima difesa putativa**. Il caso Biolo mostra, ancora una volta, come anche in assenza di una simile precisazione (e, men che meno, di una presunzione legale) il giudice possa già oggi escludere la colpa sulla base delle circostanze considerate (aggressione notturna nel domicilio, turbamento psichico, ecc.). Legare le mani al giudice, limitando lo spettro delle sue valutazioni discrezionali in rapporto a un istituto, come la legittima difesa, dal quale dipende l'affermazione di rilevanza penale di fatti lesivi di beni fondamentali, compresa la vita, è opzione legislativa di dubbia compatibilità con i principi superiori del sistema e che, comunque, non sembra proprio opportuna.

6. La riforma in discussione si preoccupa anche della **responsabilità civile**. Si propone di modificare l'**art. 2044 c.c.** (che esclude quella responsabilità in caso di legittima difesa) introducendo i seguenti commi:

- "Nei casi di cui all'articolo 52, commi secondo, terzo e quarto, del codice penale, la responsabilità di chi ha compiuto il fatto è esclusa".

- "Nel caso di cui all'articolo 55, secondo comma, del codice penale, al danneggiato è dovuta una indennità la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice, tenuto altresì conto della gravità, delle modalità realizzative e del contributo causale della condotta posta in essere dal danneggiato».

La prima modifica mi pare inutile: l'**art. 2044 c.c.** già afferma il principio generale secondo cui non è responsabile che cagiona il danno per legittima difesa; e non è altro che il portato dell'efficacia universale delle cause di giustificazione, che rendono il fatto lecito nell'intero ordinamento giuridico. La seconda modifica mi pare si limiti, nella sostanza, a **recepire quanto già si afferma in giurisprudenza circa l'applicazione analogica dell'art. 1227, co. 1 c.c.**, che stabilisce una diminuzione del risarcimento del danno in caso di concorso del fatto colposo del danneggiato (cfr. Cass. 5 ottobre 1989, Mauriello, CED 182867).

\*\*\*

7. A me pare che le brevi riflessioni qui svolte – e che mi propongo di sviluppare nel prossimo futuro in un più articolato contributo, che tenga altresì conto dell'esperienza comparatistica – confermino le riflessioni **critiche** e le **preoccupazioni** manifestate dall'**Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale** in un [comunicato pubblicato anche dalla nostra Rivista](#), nonché da autorevoli professori di diritto penale che sono stati auditi, il 19 settembre 2019, davanti alla Commissione Giustizia del Senato (i **proff. Insolera, Flick, Moccia, Padovani e Palazzo**). [Clicca qui per il video, pubblicato sul sito del Senato](#). L'auspicio è che il legislatore non abbia troppa fretta e ascolti le indicazioni della dottrina. La fretta fa i figli ciechi. Se, nell'immediato, il risultato politico è di presentarsi agli elettori con una riforma approvata, e inclusa nel programma (contratto) di governo, nel lungo termine il rischio, più che concreto, è di condurre in porto una riforma destinata a non produrre i risultati attesi, per i profili di contrasto con la Costituzione, che imporrebbero un'interpretazione conforme se non, addirittura, una pronuncia di illegittimità costituzionale. L'esperienza della riforma del 2006 dovrebbe avere insegnato qualcosa al legislatore. E la sentenza della Cassazione che ha chiuso il caso Biolo, per altro verso, dovrebbe far riflettere sulla sfiducia che generalmente nutre, verso il giudice, chi propone la riforma in discussione.