



7/2018

**LA CASSAZIONE CONSIDERA (GIÀ) INUTILE  
QUEL CHE LA POLITICA PROMETTE DI ELIMINARE.  
IL PARADOSSO DELL'ECCESSO COLPOSO  
DI LEGITTIMA DIFESA (ART. 55 C.P.)**

Nota a [Cass., Sez. V, sent. 2 febbraio 2018 \(dep. 9 aprile 2018\),  
n. 15713, Pres. Sabeone, Est. Pistorelli](#)

di Michele Spina

**Abstract.** *L'eccesso colposo di legittima difesa è tornato al centro dell'agenda politica nazionale, ma le forze politiche che vogliono abolirlo trascurano gli orientamenti giurisprudenziali che si stanno consolidando, e che inclinano per la totale superfluità dell'art. 55 c.p. Per tale ragione il contributo, inquadrata la natura dell'eccesso colposo e analizzati i non facili rapporti tra la stessa e le diverse concezioni del reato, nonché il "volto processuale" dell'istituto, tenta di operare un difficile bilanciamento, de iure condendo, tra le esigenze della prassi e quelle, sempre più pressanti, di riforma legislativa.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il caso. – 3. Cenni sulla natura giuridica dell'eccesso colposo. – 4. La problematica giustificazione dell'errore-motivo nel quadro della concezione tripartita. Stretta affinità del tema con la supposizione erronea di una causa di giustificazione. – 5. L'eccesso colposo nel diritto vivente: una soluzione di compromesso per vicende poco chiare. – 6. Prospettive *de iure condendo*.

### **1. Premessa.**

La sentenza in commento si segnala per una presa di posizione netta della Cassazione sulla natura giuridica dell'eccesso colposo (55 c.p.), che si ritiene «forma strutturalmente colposa di responsabilità penale», benché meramente ricognitiva di principi già presenti nell'ordinamento (e tratti dagli artt. 43 e 47 c.p.). Il titolo di responsabilità addebitabile a chi compia un omicidio in una situazione di eccesso di legittima difesa sarebbe, pertanto, quello di cui all'art. 589 c.p.<sup>1</sup>. La Corte aderisce in tal modo alla tesi dottrinale per la quale, senza l'art. 55 c.p., le ipotesi in esso contemplate risulterebbero comunque punibili ai sensi delle corrispondenti fattispecie colpose<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. Cass. pen., sez. V., n. 11806 del 13 febbraio 2014, P.G. in proc. Jehlica, CED 260210.

<sup>2</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*, XI edizione, Padova, p. 276. L'affermazione si pone sulla scia

Altro sembra invece essere il pensiero di alcune delle forze politiche che si sono fronteggiate nella recente competizione elettorale<sup>3</sup>; e che predicano l'assoluta indispensabilità di abolire la disposizione in questione. La si giudica «folle», «sbagliata», persino «ridicola»<sup>4</sup>. I giornali italiani abbondano di simili dichiarazioni, quasi sempre rilasciate in occasione di fatti di cronaca di particolare impatto.

Queste forze politiche mirano, si capisce, a raccogliere il sentimento ostile di una parte della popolazione, che considera del tutto inaccettabili gli accertamenti dell'autorità giudiziaria su persone costrette a difendersi dalle incursioni clandestine di terzi all'interno della propria abitazione. Parte dell'opinione pubblica individua in effetti nell'eccesso colposo l'origine di un male ancora maggiore: la finale condanna di quei soggetti, aggrediti in casa, proprio ai sensi dell'art. 55 c.p., come fossero loro – si grida – i criminali<sup>5</sup>.

La narrazione sul tema descrive insomma la storia di un sopruso, restituendo l'immagine di un'ingiustizia di Stato<sup>6</sup>.

Così, l'eccesso colposo vive nella giurisprudenza come norma superflua e nel sentire comune come legge ingiusta. Da una parte se ne rivela l'inutilità; dall'altra la si accusa di perpetuare abusi e malefatte giudiziarie.

Il lavoro sarà dunque dedicato principalmente a questo tema: se la disposizione sull'eccesso colposo sia davvero inutile, o solo "eccessivamente" dannosa, e se le cose siano o meno migliorabili.

## 2. Il caso.

Prima ancora va descritta la vicenda processuale approdata in Cassazione. Tizio, processato a richiesta con il rito abbreviato, è accusato di omicidio preterintenzionale. Il giudice di primo grado non conviene però su tale qualificazione, e lo condanna per eccesso colposo di legittima difesa. Il pubblico ministero propone appello ai sensi dell'art. 443 comma 3 c.p.p.: disposizione che ammette l'impugnazione dell'accusa non solo in caso di assoluzione, ma anche di condanna che abbia modificato il titolo di reato

---

di numerosi precedenti, tra cui il più rilevante è Cass. pen., sez. IV, n. 52120 del 19 luglio 2017, Conduraru, CED 271249.

<sup>3</sup> Le quali, peraltro, rappresentano ora la maggioranza in Parlamento. Infatti il Movimento 5 stelle, [prima contrario](#) ad estendere e riformare la legittima difesa, ha successivamente cambiato posizione, forse alla ricerca di una mediazione con l'attuale alleato di governo (v. nota 36). Note sono invece le posizioni di Lega, Fratelli d'Italia e Forza Italia.

<sup>4</sup> Queste le espressioni usate in campagna elettorale da Silvio Berlusconi ([qui](#)) e da Matteo Salvini ([qui](#)), neo Ministro degli Interni.

<sup>5</sup> Parla di «esperienza giuridica contraddittoria» che si offre al cittadino comune, M. RONCO, *La vittima nel diritto penale e la legittima difesa*, in *Scritti Patavini* (M. RONCO), Tomo I, Torino, 2017, p. 1549.

<sup>6</sup> M. PAPA, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino, p. 17 ss., il quale valorizza "la natura iconografica" e il "tratto figurativo" della fattispecie incriminatrice, capace di restituire al lettore l'immagine del fatto vietato. Su questa scorta si può dire che l'eccesso colposo proietta immediatamente nel sentimento popolare i tratti salienti di uno Stato iniquo, altrettanto indulgente coi colpevoli che severo con le vittime.

dedotto nell'imputazione. La difesa dell'imputato eccepisce l'inammissibilità dell'appello, sostenendo che la legittima difesa è una causa di giustificazione che si colloca al di fuori del fatto tipico, mentre la norma sull'eccesso colposo detta una disciplina sanzionatoria che incide soltanto sulla pena da applicare. Il giudice di seconde cure respinge l'eccezione, che, però, la difesa coltiva con il ricorso per cassazione. Ma senza esito.

Ritiene infatti la Suprema Corte che l'ammissibilità dell'appello della parte pubblica si fonda sulla natura dell'art. 55 c.p., il quale configura «un titolo autonomo e strutturalmente colposo di responsabilità penale», non contenendo, invece, «una disciplina meramente sanzionatoria». Conclusione supportata da due argomenti: a) l'eccesso colposo deve sempre considerarsi strutturalmente colposo anche nell'ipotesi dell'«errore motivato», laddove il rimprovero che si muove all'agente è di aver causato per colpa l'evento, non già di averlo voluto, in quanto il processo volitivo risulta viziato dall'errore di valutazione intervenuto nella fase formativa della volontà; b) diversamente opinando, risulterebbe incomprensibile la ragione per la quale il legislatore abbia trattato come colposi reati ritenuti intrinsecamente dolosi, in violazione del principio di uguaglianza<sup>7</sup>, e il perché li abbia puniti alla sola condizione, altrettanto arbitraria, che esista una corrispondente figura colposa.

Pertanto, nel caso di specie, ritiene la Corte che quella operata dal giudice di primo grado debba ritenersi «una vera e propria riqualificazione del fatto da omicidio preterintenzionale ad omicidio colposo, nella forma dell'eccesso in legittima difesa, che ha comportato, ai fini ed agli effetti dell'art. 443 c.p.p., una effettiva modifica del titolo di reato».

In definitiva la Corte afferma che, da una parte, tutte le ipotesi astrattamente riconducibili all'art. 55 c.p. sono ipotesi di responsabilità colposa, mentre, dall'altra, che proprio in quanto tali, anche in assenza di una disposizione specifica, esse verrebbero attratte dalle corrispondenti fattispecie colpose.

### 3. Brevi cenni sulla natura giuridica dell'eccesso colposo.

Non sempre – è la stessa sentenza a ricordarlo – l'art. 55 c.p. è parso contemplare ipotesi di responsabilità per colpa<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Anche questo argomento risente dell'eco di F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 370.

<sup>8</sup> In argomento: G. AZZALI, *L'eccesso colposo*, Milano, 1965; C. FARANDA, *L'eccesso colposo*, Milano, 1984; P. NUVOLONE, *Le due forme dell'eccesso colposo*, (ora) in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, Padova, 1969, p. 613 ss.; M. GALLO, voce *Colpa penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 632 ss.; ID., *Eccesso colposo e previsione dell'evento*, in *Giur. it.*, II, 1950, p. 59 ss.; C.F. GROSSO, voce *Eccesso colposo*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989, p. 2 ss.; S. MALIZIA, voce *Eccesso colposo*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, p. 117 ss.; E. ALTAVILLA, voce *Eccesso colposo*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1960, p. 338 ss.; R. PANNAIN, *Natura giuridica del reato commesso per eccesso colposo*, in *Arch. Pen.*, 1949, II, p. 299 ss.; G. BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1986, p. 399 ss.; V. MASARONE, *Riflessioni sulla natura giuridica della responsabilità penale per eccesso colposo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2004, p. 1056 ss.; S. CODA, *Riflessioni in tema di eccesso colposo*, in *Riv. pen.*, 2012, fasc. 1, p. 65 ss.; P. SIRACUSANO, voce *Eccesso colposo*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, p. 180 ss.

Due sono le situazioni tradizionalmente riportate alla disposizione in discorso<sup>9</sup>. La prima è quella di chi cade in un errore (evitabile) di valutazione sulla situazione scriminante e pone in essere una condotta conseguente, che sconfini i limiti della situazione reale<sup>10</sup>. La seconda è quella di chi supera detti limiti a causa di un errore (parimenti evitabile) nell'uso dei mezzi d'esecuzione: per un errore, quindi, non percettivo-valutativo bensì esecutivo-attuativo. In questo secondo caso (di errore cd modale o inabilità) l'agente non vuole l'evento realizzato, sicché è pacifica la natura colposa della responsabilità che ne deriva. Non così in relazione alla prima ipotesi (di errore cd motivo).

Se si ritiene necessario uccidere l'avversario quando in realtà lo si potrebbe solo tramortire, l'evento mortale che in tal modo si verifica è conseguenza volontaria della azione offensiva. Infatti in passato si rilevava che in casi del genere la responsabilità del reo fosse dolosa, argomentando dall'art. 43 c.p., che esige la non volontarietà dell'evento dovuto a colpa. E si sosteneva che si trattasse di fatti di natura strutturalmente dolosa trattati *quoad poenam* come colposi<sup>11</sup>. Questa conclusione, inoltre, si estendeva anche alle ipotesi di errore colposo sul fatto di reato e sulla causa di giustificazione (gli artt. 47 e 59 comma 4 c.p.). Fattispecie tutte accomunate dalla volontarietà dell'evento e quindi ritenute «impropriamente» colpose.

Non è il caso qui di ripercorre le tappe del tormentato dibattito che ha attraversato la materia. Né di dilungarsi sulle argomentazioni profuse dalla dottrina prevalente in merito alla presunta struttura dolosa dell'eccesso scaturente da un errore di giudizio. Queste, del resto, appaiono tendenzialmente sovrapponibili a quelle sviluppate dalla sentenza in commento, e si danno per conosciute. Interessa invece svolgere qualche osservazione di contorno.

---

<sup>9</sup> La distinzione ha in P. NUVOLONE, *Le due forme dell'eccesso colposo*, cit., I, Padova, 1969, p. 613 ss. il suo primo assertore, benché egli ne sottolinei (nota 3, p. 614) l'ascendenza carrariana. Si tratta oggi di una distinzione scolastica, condivisa da gran parte della manualistica e successivamente penetrata nel pensiero giurisprudenziale.

<sup>10</sup> A tale «sconfinamento» allude la ormai classica definizione di G. AZZALI, *L'eccesso colposo*, Milano, 1965, cit., p. 11.

<sup>11</sup> Sostenitore della tesi fu per tutti, R. PANNAIN *Natura giuridica del reato commesso per eccesso colposo*, cit., p. 299 ss. Ma, anche, (prima e dopo di lui): F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, 1933, Padova, p. 145 ss.; G. ESCOBEDO, *Eccesso di difesa, reato colposo e diritto transitorio*, in *Giustizia penale*, 1931, II, p. 1468 ss.; A. SANDULLI, *L'eccesso colposo*, in *Giustizia penale*, 1933, II, p. 1970 ss.; A. SANTORO, *La definizione del delitto colposo*, in *Rivista diritto penitenziario*, 1937, p. 1200 ss.; S. MALIZIA, voce *Eccesso colposo*, cit., p. 117 ss.; G. BATTAGLINI, *Diritto penale. Parte Generale*, Napoli, 1969, p. 139 ss. Nello stesso senso alcune risalenti pronunce giurisprudenziali, v. per tutte Cass., pen., 7 febbraio 1979, in *Riv. it. dir. pen. proc.*

#### 4. La problematica giustificazione dell'errore-motivo nel quadro della concezione tripartita. Stretta affinità del tema con la supposizione erronea di una causa di giustificazione.

La prima di queste osservazioni è che l'inquadramento dogmatico dell'eccesso colposo, quale che sia, risente in certa misura di premesse attinenti alla teoria generale del reato<sup>12</sup>. Dire che l'errore di giudizio sui limiti dell'esimente vizia la volontà ed esclude il dolo, equivale ad affermare che detti limiti entrano a far parte della struttura del reato, e che sono, pertanto, elementi che devono costituire oggetto di corretta rappresentazione. Cosicché chi vede in tale tipo di eccesso una forma strutturalmente colposa di responsabilità penale, coniuga questa tesi con la teoria che eleva le scriminanti a elementi negativi del fatto<sup>13</sup>. La concezione tripartita del reato non può infatti accettare con la stessa facilità che un errore di questo genere escluda la volontà dell'intero fatto tipico.

Se ne è accorta la dottrina più recente, che ha tentato di giustificare la struttura colposa del fatto eccessivo commesso per errore-motivo in armonia con la più persuasiva concezione tripartita<sup>14</sup>. L'operazione non si è rivelata semplice. Lo dimostra il dotto lavoro di selezione dogmatica delle tesi reclutate a questo scopo, in gran parte di matrice tedesca<sup>15</sup>. In estrema sintesi: nel fatto eccessivo commesso per errore motivo un presunto *valore soggettivo d'azione* bilancerebbe un corrispondente *disvalore soggettivo d'azione*, costituito dalla rappresentazione e volontà d'agire in presenza dei presupposti scriminati. E questa situazione sarebbe tale da escludere, in sede di colpevolezza, la rilevanza del dolo, pur riscontrabile in sede di tipicità, lasciando residuare soltanto un *disvalore oggettivo d'azione* fondato sull'evitabilità dell'errore di giudizio.

La tesi, pur intrigante, sconta delle debolezze. Intanto pecca di eccessivo dogmatismo, facendo prevalere sul dato positivo e quindi sul tenore testuale dell'art. 55 c.p. esigenze di coerenza che non paiono insormontabili<sup>16</sup>. E poi si regge su postulati

---

<sup>12</sup> Il tema, peraltro, non sembra preoccupare la dottrina, se non con riferimento alla scriminante putativa.

<sup>13</sup> Non per caso le due sole opere monografiche scritte sull'argomento – quelle di G. AZZALI, op. cit. e C. FARANDA, op. cit. – riposano proprio sulla considerazione delle scriminanti come elementi negativi del fatto. Più recentemente v'è anche chi rispolvera la tradizionale nozione di "evento giuridico", cfr. S. CODA, *Riflessioni in tema di eccesso colposo*, cit., p. 65.

<sup>14</sup> V. MASARONE, *Riflessioni sulla natura giuridica della responsabilità penale per eccesso colposo*, cit., p. 1056 ss.

<sup>15</sup> E precisamente: a) la teoria finalistica di Hans Welzel e la discendente nozione di illecito personale, con il corollario della duplice valutazione del dolo e della colpa in sede prima di tipicità e poi di colpevolezza; b) la considerazione teleologica della funzione della pena come vincolo costituzionale, dal quale far derivare la possibilità di individuare all'interno di ogni illecito penale un disvalore d'azione – espressione del carattere personale della responsabilità penale – e un disvalore d'evento – espressione del principio di offensività; c) la ricostruzione del meccanismo giustificativo delle scriminanti in termini di un correlativo valore d'azione e di un correlativo valore d'evento, il primo connotato sia di un elemento oggettivo (prevedibilità *ex ante* dei presupposti esimenti) che di un elemento soggettivo (rappresentazione e volontà di operare in condizioni di liceità).

<sup>16</sup> Si rimanda alle pertinenti osservazioni di G. DE VERO, *Le scriminanti putative. Profili problematici e fondamento della disciplina*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1998, p. 833 ss. riguardo la radicale incompatibilità delle teorie rigorose della colpevolezza con la regolamentazione dell'esimente putativa, che, come vedremo, è analoga a quella dell'errore-eccesso di cui all'art. 55 c.p.

fragili, come quello che la causa scriminante si farebbe latrice di un valore oggettivo e, soprattutto, di un valore soggettivo. Copiose sono infatti le critiche che continuano a piovere sulla rilevanza dell'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione a struttura obiettiva, anche in relazione al profilo della costrizione di cui all'art. 52 c.p.<sup>17</sup> E già questo basterebbe a maneggiare con cautela tutte le esegesi che a quella rilevanza si rifanno. Peraltro, alla tesi manca forse il coraggio di estendere la conclusione, certamente suggestiva, tracciata in materia di eccesso colposo alle restanti ipotesi di colpa impropria. Come per esempio alla disciplina della scriminante putativa dettata dall'art. 59 comma 4 c.p.<sup>18</sup>.

In definitiva, il proposito di spiegare la struttura colposa dell'errore-motivo in coerenza con la concezione tripartita non ha ancora trovato uno sviluppo soddisfacente. Come non lo ha trovato, appunto, in materia di scriminante putativa.

Qui la dottrina è attraversata da profondi contrasti, che riflettono quelli della dottrina tedesca, da dove tutto è nato. Alle teorie che interpretano l'art. 59 comma 4 c.p. in chiave d'esclusione del dolo<sup>19</sup>, se ne contrappongono altre a sostegno della configurazione dell'esimente putativa come causa d'esclusione della colpevolezza *stricto sensu*, che accedrebbe ad un fatto strutturalmente doloso<sup>20</sup>. E lo stesso avviene – seppur sotto una diversa prospettiva e semplificando all'estremo un dibattito fervidissimo – in

<sup>17</sup> La tesi chiarisce infatti che il ridotto contenuto di liceità dell'eccesso colposo per errore-motivo troverebbe ragione nella presenza dell'elemento soggettivo della scriminante. È noto però come la prevalente dottrina italiana (G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*. VII ed., Bologna, p. 271; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*. XV ed., Milano, 2000, p. 245; F. MANTOVANI, *op.cit.*, p. 272; C.F. GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, 1964, Milano, p. 237) argomentando dall'art. 59 comma 1 c.p., propenda per l'irrilevanza del momento psicologico nelle cause scriminanti che invece opererebbero su di un piano meramente oggettivo. Così, non vi sarebbe reato qualora Tizio spari a Caio senza accorgersi che in quel preciso momento questi stava per sparare a lui; a imporlo, oltre all'art. 59 comma 1 c.p., il generale principio di offensività. In questo ordine di idee, nessun "valore soggettivo d'azione" potrebbe mai bilanciare un corrispondente "disvalore soggettivo", essendo la consapevolezza di agire alla presenza – effettiva – dei presupposti scriminanti del tutto irrilevante per l'ordinamento. Non mancano tuttavia anche voci contrarie, di chiara ascendenza tedesca, che assegnano importanza all'elemento psicologico: tra queste, G. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Napoli, 1979; F. SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi scriminanti»*, Napoli, 1998, p. 177; A. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito personale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000, p. 461 ss.

<sup>18</sup> Per vero, la tesi mutua premesse e conclusioni dal lavoro di A. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito personale. cit.*, p. 505 ss., che proprio alla scriminante putativa è dedicato.

<sup>19</sup> A questa concezione si rifanno in primo luogo coloro che inquadrano le scriminanti come requisiti negativi del fatto tipico e, cioè, tra gli altri, F. ANTOLISEI, *op.cit.*, p. 420; M. GALLO, voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, p. 770 ss.; C.F. GROSSO, voce *Errore*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, 1989, p. 3, F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 330 e A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte Generale*, Va ed., Milano, 1996, p. 451 ss. Nello stesso senso, ma nell'ambito della tripartizione, G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1190 ss. e G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*. VII ed., Bologna, p. 272.

<sup>20</sup> V. sul punto le decisive osservazioni di M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, p. 524 ss., il quale nota come la scriminante putativa non può essere qualificata come causa d'esclusione del dolo, posto che un problema di giustificazione, sia pure putativa, non può porsi in assenza di necessario previo riscontro di tutti gli elementi della fattispecie tipica, compresi quindi gli elementi soggettivi, che *umanizzano* l'illecito penale e ne cementano la peculiare – rispetto ad altre tipologie d'illecito – tipicità. Dello stesso avviso A. NAPPI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Milano, 2010, p. 692 ss.

seno alla dottrina d'Oltralpe: a chi tende ad avvicinare l'errore sulla scriminante ad un errore indiretto sul precetto, che elide la colpevolezza (*Schuldtheorie*), si oppone chi vi scorge un errore sul fatto, che esclude il dolo (*Vorsatztheorie*)<sup>21</sup>.

Come si vede questa contrapposizione, di cui abbiamo fotografato gli estremi essenziali, è analoga a quella prefigurabile in relazione all'errore causativo dell'eccesso e mostra un contrasto di difficile composizione. Certo, le teorie tripartite si accordano più facilmente con gli orientamenti che proiettano la rilevanza dello stesso sul terreno della colpevolezza. Ma tali orientamenti, come in parte si è già visto, o sdoppiano tipicità e colpevolezza rispettivamente in due tronconi (doloso e colposo), creando una «bizzarra sfasatura tra specie di elemento soggettivo dell'illecito e pretesa specie di colpevolezza<sup>22</sup>»; oppure avvicinano tale tipologia di errore a quello sul precetto, che è tesi soltanto prospettabile in ordinamenti privi di una norma come l'art. 59 comma 4 c.p.<sup>23</sup>

Sull'altro versante è invece ricorrente l'affermazione che l'erronea supposizione di scriminante esclude il dolo perché il soggetto vuole un fatto considerato lecito dall'ordinamento<sup>24</sup>. In questo modo si profilano due distinte nozioni di dolo, l'una

---

<sup>21</sup> Per una più approfondita analisi delle contrapposte teorie che si fronteggiano, ricche peraltro di declinazioni e sfumature, si rinvia a G. DE VERO, *Le scriminanti putative. Profili problematici e fondamento della disciplina*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1998, p. 809 ss. Non si intende qui evidentemente riecheggiare la disputa tra *Schuldtheorie* e *Vorsatztheorie* in merito alla riconduzione della coscienza dell'offesa all'interno dell'oggetto del dolo, che attiene a questione diversa benché connessa. Per approfondimenti A. CAVALIERE, *op.cit.*, p. 251 ss., nonché, per un quadro di sintesi, T. PADOVANI, *In tema di coscienza dell'offesa e teoria del dolo*, in *Cass. pen.*, 1979, p. 321 ss.

<sup>22</sup> Cfr. ancora G. DE VERO, *Le scriminanti putative*, cit. p. 824 ss., in sede di critica alle tesi che propugnano la compatibilità tra illecito doloso e colpevolezza colposa.

<sup>23</sup> Il miglior tentativo di giustificare la disciplina positiva alla luce dell'idea che, in realtà, l'errore sulla scriminante escluda la colpevolezza e non il dolo, lo ha compiuto M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 536 ss. In particolare, la mancata equiparazione della disciplina della scriminante putativa a quella dell'errore sul precetto (che non prevede alcuna residua responsabilità per colpa) si spiegherebbe per l'A. col fatto che la prima coesiste, di regola, con la conoscenza della legge penale e non proviene da colui al quale si può rimproverare qualcosa in ordine ai suoi "doveri di informazione legale". Sotto tale aspetto, dunque, l'errore evitabile sulla scriminante farebbe venir meno la colpevolezza propria del dolo, non quella della colpa, la quale permanerebbe. Nondimeno, questo errore si discosterebbe pure dall'errore sul fatto, dovendo la rappresentazione di un elemento di quest'ultimo essere necessariamente attuale ai fini della tipicità dell'illecito penale, e non meramente eventuale, come è invece la rappresentazione putativa della scriminante.

Da siffatta impostazione si coglie il tentativo di ritagliare uno spazio d'autonomia all'errore sulla causa di liceità, che condivide qualcosa dell'errore sul divieto (in primis, la natura) ma che, a buon diritto, sia inquadrato comunque nel diverso regime dell'47 c.p. Tuttavia, come si dirà, la giurisprudenza già fa mostra di considerare l'art. 59 comma 4 c.p. come norma scusante, marginalizzando le ipotesi di (residua) responsabilità per colpa. Lo stesso non avviene invece con riferimento all'errore-motivo, che, pure, secondo la tesi poc'anzi enunciata, *dovrebbe* (il condizionale è d'obbligo) ricevere il medesimo inquadramento giuridico (esprimendo, quindi, anch'esso profili di non colpevolezza). Questa mancata ribellione della prassi è pertanto significativa, ed andrebbe spiegata, perché l'errore causativo dell'eccesso sembra rivendicare a sua volta una qualche autonomia rispetto ad altre ipotesi scusanti, avvicinandosi ben più ad un errore sul fatto di quanto, parallelamente, non faccia la supposizione erronea di una causa di giustificazione (v. § 5).

<sup>24</sup> Questa posizione è sostenuta in Germania da C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione: problemi di teoria dell'illecito penale*, a cura di S. MOCCIA, 1996, p. 52 ss., e seguita in Italia da G. MARINUCCI, *Fatto e*

riferita agli elementi del fatto tipico e l'altra riferita all'illecito nel suo complesso. L'equiparazione tra le stesse risente però ancora una volta della teoria delle cause di liceità come elementi negativi del fatto. In tal senso, non giova prenderne apertamente le distanze: l'antigiuridicità è categoria autonoma rispetto alla tipicità, che ne costituisce l'oggetto compiuto di valutazione. Se questo è vero, non si vede come possa la supposizione erronea di una causa di giustificazione escludere il dolo, presupposto di tipicità che si assume già integrato, senza al contempo ammettere che la stessa produca una diversa rappresentazione del fatto.

Insomma i tentativi di armonizzazione del sistema nell'ottica della teoria tripartita, se non ripropongono surrettiziamente la considerazione delle esimenti come elementi negativi, paiono fallire tanto sul terreno della putatività quanto dell'eccesso. E questo perché nel loro sviluppo più coerente, privo cioè di camuffamenti o forzature, conducono a contestare la stessa fondatezza del dato positivo: in questo ordine di idee, quando evitabile, l'erronea supposizione di agire in situazione di liceità – nonché l'erronea valutazione dei suoi limiti concreti – non esclude affatto il dolo, invece del tutto sussistente<sup>25</sup>.

L'eccesso colposo per errore-motivo pare dunque potersi meglio coniugare – quantomeno nel quadro del nostro diritto positivo – con la tesi che afferma il carattere strutturalmente colposo del fatto commesso in eccesso. Ma all'interno della teoria bipartita, alla quale in questo campo dovrebbe riconoscersi una qualche dignità interpretativa.

## **5. L'eccesso colposo nel diritto vivente: una soluzione di compromesso per vicende poco chiare.**

La seconda osservazione che può svolgersi origina da una constatazione di fatto. E cioè che la giurisprudenza applica l'art. 55 c.p. con una certa parsimonia. Anche qui potrebbe scorgersi un parallelo con la forma di responsabilità colposa prevista dall'art. 59 comma 4 c.p.; ma solo ove si giunga alla conclusione che le pur esigue applicazioni dell'art. 55 c.p. riguardano, in realtà, prevalentemente, ipotesi di eccesso per errore-modale. Infatti in relazione all'art. 59 comma 4 c.p. non può parlarsi di parsimonia, ma di totale marginalità dei casi. Marginalità perciò simmetrica con la sola ed in ipotesi altrettanto irrilevante casistica dell'errore-motivo.

I numeri – o quantomeno gli ordini di grandezza – possono aiutare in due direzioni. Intanto a capire come impatterebbe la riforma abolitrice. Sappiamo che la giurisprudenza considera normativamente inutile la disposizione di cui all'art. 55 c.p.;

---

*scriminanti*, cit., p. 1248 nonché, con divergenze, da A. CAVALIERE, cit., p. 505 ss.

<sup>25</sup> Quando invece l'errore fosse inevitabile, mancherebbe la colpevolezza. Si scorge dunque una perfetta specularità tra i binomi tripartizione-colpevolezza e bipartizione-tipicità, nel senso che per la tripartizione i problemi della scriminante putativa e dell'eccesso colposo andrebbero risolti in sede di colpevolezza, in presenza di un fatto tipicamente doloso, mentre per la bipartizione andrebbero ricondotti a un elemento di tipicità, cioè al dolo.

non sappiamo però quanto essa sia applicata. In secondo luogo, la conferma della simmetria, anche nell'atteggiamento giurisprudenziale, tra supposizione erronea di una causa scriminante e valutazione erronea dei suoi limiti, potrebbe preludere a uno scenario. L'eliminazione dell'art. 55 c.p. potrebbe infatti rappresentare ciò che ha rappresentato l'assenza, nel codice penale tedesco, di una norma come l'art. 59 comma 4 c.p. E sdoganare un approccio giurisprudenziale differente, che veda nell'eccesso colposo per errore-motivo nient'altro che un illecito doloso da punire correlativamente<sup>26</sup>.

Prendendo a campione le pronunce di legittimità depositate nell'anno 2017, registriamo che la Cassazione ha affrontato questioni attinenti all'eccesso colposo 102 volte, risolvendole 87 volte con sentenza e 15 con ordinanza (di inammissibilità). In cinque casi la Corte ha dovuto giudicare su di un fatto ricondotto in primo grado all'eccesso colposo. Ma solo una volta tale qualificazione ha resistito sia all'appello che alla cassazione<sup>27</sup>. La Corte ha poi in tre casi annullato con rinvio la sentenza del giudice *a quo* con il vincolo di vagliare la possibilità di riconoscere la legittima difesa o, in alternativa, l'eccesso colposo<sup>28</sup>. Si segnalano infine due pronunce emblematiche: un annullamento con rinvio di una condanna per eccesso colposo intervenuta in secondo grado, di riforma sul punto rispetto a quella di primo<sup>29</sup>; e la conferma di una assoluzione intervenuta sempre in appello, per riconoscimento pieno della scriminante invece negata in primo grado<sup>30</sup>. Anche la fattispecie oggetto della decisione annotata si iscrive in questo gruppo di vicende incerte: dalla accusa di omicidio preterintenzionale si è passati alla condanna in primo grado per eccesso colposo, poi si è tornati in appello alla qualificazione originaria, infine la Cassazione ha disposto l'annullamento con rinvio per vizio di motivazione sul punto.

Dunque i numeri ci indicano che le condanne sono poche, ma l'applicazione dell'istituto non appare marginale, contrariamente a quanto capita alla scriminante putativa. Inoltre le condanne non si limitano a sanzionare errori di tipo modale. Una sentenza del nostro campione, nel ripercorrere i nodi motivazionali della decisione impugnata, chiarisce espressamente di aver riportato all'eccesso colposo un fatto commesso «per errore di valutazione dell'imputato in ordine ai mezzi da utilizzare per reagire all'ingiusta aggressione<sup>31</sup>». Non si ravvisa, pertanto, quell'atteggiamento giurisprudenziale più volte stigmatizzato in dottrina, che condiziona l'operatività dell'art. 59 comma 4 c.p. a rigidi criteri di ragionevolezza, quasi mai presenti nella prassi. Al contrario il diritto vivente ricorre all'art. 55 c.p. per risolvere perlopiù dinamiche di difficile accertamento processuale, il cui esempio paradigmatico è costituito – come accaduto nella vicenda in esame – dal colpo mortale inferto nel corso di una colluttazione fisica<sup>32</sup>.

<sup>26</sup> Nel segno, quindi, di una radicale *Shuldtheorie*.

<sup>27</sup> Cass. pen., sez. IV, n. 54797 del 19 febbraio 2017.

<sup>28</sup> Cass. pen., sez. I, n. 43917 del 12 luglio 2017; Cass. pen., sez. I, n. 35707 del 8 giugno 2017; Cass. pen., sez. V, n. 21233 del 2017.

<sup>29</sup> Cass. pen., sez. IV, n. 48281 del 26 settembre 2017.

<sup>30</sup> Cass. pen., sez. IV, n. 27493 del 14 febbraio 2017.

<sup>31</sup> Cass. pen., sez. I, n. 52120 del 19 luglio 2017.

<sup>32</sup> La questione dell'eccesso è sollevata nella gran parte dei casi in relazione alla legittima difesa. Meno

La simmetria che abbiamo visto intercorrere tra le ipotesi appena menzionate, almeno con riferimento a taluni profili dogmatici, si spezza allora nel diritto vivente: l'eccesso colposo non è accompagnato dal medesimo sospetto che ammantava la supposizione erronea di una causa di giustificazione, atteggiandosi invece a punto di compromesso per le situazioni ambigue, nelle quali l'alternativa tra "severa condanna" (applicazione del titolo doloso) e "indulgente assoluzione" (riconoscimento della causa di giustificazione) si rivela davvero troppo rigida.

Si può allora forse sciogliere ogni precedente riserva: l'eliminazione dell'art. 55 c.p. – anche e solo limitatamente alla legittima difesa – non contiene alcuna controindicazione per il reo, perché appare improbabile l'emersione di un orientamento interpretativo che equipari l'errore di giudizio, generatore dell'eccesso, ad un errore sul divieto. La giurisprudenza, del resto, ha avvertito tale esigenza soltanto in riferimento a situazioni nelle quali il soggetto suppone esistente ciò che in realtà non esiste, neppure in porzioni diverse da quelle rappresentate. In definitiva, l'obiettivo presenza della scriminante rassicura l'interprete e gli permette un atteggiamento di fiducia nei confronti dell'agente. Mentre è proprio una speculare sfiducia a caratterizzare il giudizio sulla situazione di chi agisce presumendo di essere giustificato. Di tale stato psicologico, sfornito di riscontro obiettivo, la prassi sembra chiedere un più severo conto, e ciò proprio a cominciare dall'allegazione di «dati di fatto concreti»<sup>33</sup> che ne compensino il deficit di oggettività. L'elemento differenziale che connota gli errori di cui agli art. 55 e 59 comma 4 c.p. rende perciò giustizia del diverso trattamento loro riservato dalla giurisprudenza, nonostante la prevista simmetria di disciplina.

## 6. Prospettive *de iure condendo*.

Si deve ora tornare alla tematica d'esordio e concentrare l'attenzione sui possibili scenari futuri. In premessa occorre però sempre ricordare che il problema sul tappeto riguarda in realtà il solo eccesso di legittima difesa, perché in relazione alle altre cause di giustificazione non si avverte la medesima necessità di cambiamento.

Cosa cambierebbe, dunque, se l'art. 55 c.p. venisse abrogato e cosa determinerebbe una sua modifica, nel senso propugnato dalla propaganda politica? Alla prima domanda è facile rispondere, almeno nell'ottica del diritto vivente: nulla. In casi analoghi si assisterebbe alla applicazione delle regole generali sulla colpa che l'art. 55 c.p. si limita a ripetere<sup>34</sup>. D'altra parte, la superfluità della disposizione non è mai stata messa seriamente in discussione neppure dalla dottrina che ne contesta la natura pleonastica, e che la inquadra quale semplice tassello di una sistemica avente come assioma centrale la teoria delle scriminanti come elementi negativi del fatto<sup>35</sup>. Ma al di là dei potenziali argomenti favorevoli o contrari che in sede teorica possono formularsi, di

---

frequente è il collegamento con l'adempimento di un dovere.

<sup>33</sup> Cfr. tra molte Cass. pen., sez. VI, n. 4114/2017 del 14 dicembre 2016, CED 269724.

<sup>34</sup> Così G. AZZALI, *op.cit.*, p. 162 ss.

<sup>35</sup> La prospettiva sistematica impregna l'intera monografia C. FARANDA, *L'eccesso colposo*, cit., p. 142 e 143.

sicuro i giudici di legittimità non affermerebbero certo in via postuma il carattere costitutivo di una norma abrogata, sconfessando i propri consolidati orientamenti. *Abrogare* l'art. 55 c.p. non significa quindi *abolire* il titolo di responsabilità che esso sottende, ma semplicemente fare a meno di una norma inutile.

Tuttavia, la politica pare aver promesso proprio l'*abolizione* dell'eccesso colposo di legittima difesa, considerato fenomeno patologico dell'ordinamento penale. Di recente, poi, qualcuno sembra pure essersi accorto che dalla *abrogazione* dell'istituto non discenderebbe l'*abolizione* sperata, ma che in vista del risultato sia piuttosto preferibile estendere i limiti scriminanti di cui all'art. 52 c.p.<sup>36</sup> Il disegno è chiaro: presumere sempre la proporzione nei casi di aggressione nel domicilio per ritenere sempre legittimo, e dunque non colpevole, l'eccesso di difesa, paralizzando ogni possibile condanna<sup>37</sup>.

Le incongruenze che ne potrebbero derivare sono già state criticamente esaminate in sede di commento alla riforma del 2006<sup>38</sup>, poi di fatto mitigata dall'interpretazione posteriore grazie agli ampi spazi di manovra concessi dalla formulazione legislativa<sup>39</sup>. Certo è che si potrebbe attuare un'ulteriore stretta sul requisito della proporzione, come paiono auspicare i partiti che compongono il governo<sup>40</sup>; ma con il rischio che stavolta le resistenze della giurisprudenza possano coincidere con quelle invalicabili della Costituzione<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> Tanto si evince dal "Contratto per il governo del Cambiamento", p. 22 (consultabile [qui](#)).

<sup>37</sup> Questo l'impianto del d.d.l. n. 2892-A-bis presentato dall'On. Molteni nella scorsa legislatura, oltreché già citato "Contratto per il governo del Cambiamento". Il d.d.l. auspicava l'introduzione di un ultimo comma all'art. 52: «Si presume, altresì, che abbia agito per difesa legittima colui che compie un atto per respingere l'ingresso, mediante effrazione o volontà del proprietario, con violenza o minaccia di uso di armi da parte di persona travisata o di più persone riunire, in un'abitazione privata, o in ogni altro luogo ove sia esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale». Sul punto cfr., esaustivamente, D. PULITANO, *Legittima difesa: fra retorica e problemi reali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2017, p. 262 ss., nonché le pungenti considerazioni di F. DIAMANTI, *Il diritto incerto. Legittima difesa e conflitto di beni giuridici*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 3/2016, p. 1353 ss., per il quale in questo modo si «presume tutto» (p. 1381), congelando l'art. 55 c.p. nonché l'esistenza del delitto doloso e l'attivazione d'indagini penali per tutte le reazioni nel domicilio.

<sup>38</sup> Sulle conseguenze che erano state pronosticate all'epoca, v. per tutti E. DOLCINI, *La riforma della legittima difesa: leggi "sacrosante" e sacro valore della vita umana*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 431 ss. A prevalere è stata però l'interpretazione restrittiva – e sostanzialmente abrogatrice – individuata da A. CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare (c.d. «sproporzionata» o «allargata»): molto fumo e poco arrosto*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, fasc. 4, 434 ss.

<sup>39</sup> In tal senso cfr. le più recenti Cass. pen., sez. I, n. 50909 del 7 ottobre 2014 Thekna, CED 261491 e Cass. pen., sez. IV, n. 691/2014 del 14 novembre del 2013, Gallo Cantone, CED 257884.

<sup>40</sup> Ci si impegna infatti, attraverso la riforma e l'estensione della legittima difesa, ad eliminare gli «elementi di incertezza interpretativa (con riferimento in particolare alla valutazione della proporzionalità tra difesa e offesa) che pregiudicano la piena tutela della persona che ha subito un'intrusione nella propria abitazione e nel proprio luogo di lavoro» (p. 22 del "Contratto per il governo del Cambiamento").

<sup>41</sup> Cfr. ancora F. DIAMANTI, *Il diritto incerto. Legittima difesa e conflitto di beni giuridici*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, fasc. 3, 2016, p. 1353 ss., secondo il quale, in definitiva, ogni presunzione di proporzionalità che autorizzi il sacrificio di un bene fondamentale come la vita a tutela di un bene di minor rango come il patrimonio, risulterebbe in contrasto con la Carta Costituzione e con la CEDU. Si richiama in proposito l'opera di L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001. Anche la dottrina prevalente e la giurisprudenza condividono l'assunto, cfr. Cass. pen., sez. I, n. 51070 del 5 novembre 2014. Contrario a questa impostazione è invece M. RONCO, *La vittima nel diritto penale*, cit., p. 1549 ss., per il quale essa

Si è allora proposto, nell'apprezzabile intento di rispondere a preoccupazioni diffuse, di manipolare il disposto dell'art. 55 c.p. nel senso di restringerne l'operatività alle sole ipotesi di errore-eccesso determinate da colpa grave<sup>42</sup>. Davanti ad alcune reazioni difensive, si nota, l'eccesso provocato da lievi errori modali o di giudizio è fisiologico, non patologico. Si fanno gli esempi di reazioni particolarmente veloci, notturne o in luoghi particolari, poste in essere da soggetti giovani anche se imputabili. Ma in realtà il discorso può essere esteso a tutte quelle situazioni nelle quali i fatti si svolgono con estrema rapidità, lo spazio tra il pensiero e l'azione è ridotto e il margine di errore elevatissimo<sup>43</sup>.

Una simile proposta rischia però di divenire un fuor d'opera, proprio avendo a mente il suo chiaro referente sistematico che è il settore della colpa medica. Come è noto, il d.l. n.158 del 2012 (cd. "Balduzzi", convertito con l. n. 189 del 2012 e sostituito dalla più recente l. n. 24 del 2017) aveva introdotto una causa scusante per le ipotesi di colpa lieve in ambito clinico-sanitario, ma la riforma si è rivelata del tutto insoddisfacente, non bastando a quanti – in primo luogo i medici – hanno continuato a lamentare la troppa severità dei giudici e le possibili controindicazioni di un simile atteggiamento (da qui la successiva l. n. 24 del 2017, cd "Gelli-Bianco"). In effetti, anche sul terreno della legittima difesa il giudizio sulla proporzione rischia di tradursi in un astratto esercizio teorico, dove si bilanciano beni in conflitto e si combattono massime d'esperienza opinabili e dalla discutibile valenza euristica. Al contempo, però, non esiste su questo terreno il pericolo di un esasperato ingessamento, che incentivi prassi auto-conservative a detrimento della salute collettiva (il cd fenomeno della medicina difensiva). Semmai, il pericolo che il rigore giurisprudenziale si potrebbe trascinare in questo campo è quello di inibire il ricorso alle armi anche nei limiti della stretta necessità, ma ragionando in questo modo non si considera che l'aggredito non ha certo il tempo di riflettere sulle possibili conseguenze penali dei suoi comportamenti, diversamente dal medico curante.

Il vero problema della proposta è che costituisce un pio desiderio pensare che attraverso la suindicata limitazione possa al contempo riespandersi l'ambito applicativo della legittima difesa. Invece, a nostro avviso, nulla cambierebbe e si registrerebbe la solita complicazione del linguaggio dietro la quale celare la stessa realtà. Gli eccessi connotati da colpa lieve, peraltro, non si capisce a che sorte verrebbero destinati:

---

trascurerebbe che la condotta difensiva è di valore qualitativamente superiore a quella offensiva, perché spesa oltre che per la tutela di un bene particolare, altresì per garantire validità e stabilità all'ordinamento giuridico. Il mero confronto tra beni in conflitto, pertanto, non esprimerebbe in modo corretto i termini del giudizio di proporzione, lasciando per giunta del tutto sprovvisti di tutela i beni di tipo patrimoniale.

Ad ogni modo, in caso di sospetta legittimità della (eventuale) riforma e conseguente devoluzione della questione al Giudice delle Leggi, si potrebbe profilare una pronuncia *in malam partem* secondo il paradigma tracciato da C. Cost. n. 394 del 2006 (ammissibile trattandosi di norma di favore). Sulle connesse implicazioni cfr. da ultimo M. SCOLETTA, [La sentenza n. 5/2014 della Corte Costituzionale: una nuova importante restrizione delle "zone franche" dal sindacato di legittimità nella materia penale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2014, p. 242 ss.

<sup>42</sup> F. DIAMANTI, *Il diritto incerto*, cit., p. 1382 ss; Così anche M. DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, fasc. 2, p. 698 ss., sebbene limitatamente alla legittima difesa domiciliare.

<sup>43</sup> V. PLANTAMURA, *L'omicidio per legittima difesa (II parte)*, in *Arch. pen.* fasc. 1, 2016, p. 4 il quale sposa una concezione "cinetica" (così battezzata dall'A.) della legittima difesa.

formerebbero l'oggetto di una implicita causa scusante (che riporterebbe la norma sul terreno della colpevolezza *stricto sensu*) o resterebbero attratti dall'art. 52 c.p.? In qualunque caso, i confini della giustificazione rimarrebbero inalterati: cambierebbe solo che parte di ciò che prima si sarebbe ritenuto scriminato, si considererebbe poi eccedente ma scusato. E dunque un simile intervento non migliorerebbe affatto la posizione dell'aggredito.

Invece il legislatore potrebbe escogitare, con approccio strategico, una diversa e meno drastica soluzione. La storia della colpa medica insegna infatti che i profili costituzionali che involgono la difesa del bene della vita rifiutano gli automatismi normativi. E che se si vuole davvero mutare un orientamento giurisprudenziale, si deve prendere consapevolezza delle esigenze che esso sovrintende, cercando, il più possibile, di preservarle. Nell'eccesso colposo di legittima difesa, come abbiamo visto, si intravede l'esigenza di disciplinare situazioni ambigue le quali renderebbero impraticabile l'anelastica scelta tra "severa condanna" e "indulgente assoluzione". Ciò perché l'ambiguità che caratterizza queste ipotesi non fa venir meno il giudizio di disvalore del fatto, espresso, per l'appunto, nella forma di una più mite condanna. Si può non essere d'accordo con questa moderna vocazione al compromesso e alla incalzante parcellizzazione del sistema (condizioni intrinseche di punibilità, tenuità del fatto etc), ma occorre prendere atto della sua esistenza. Ecco allora che il legislatore – rinunciando a presunzioni male arrangiate<sup>44</sup> – potrebbe questa volta assecondare l'umore giurisprudenziale prevalente introducendo una causa di non punibilità per le reazioni colpose lievi sulla scorta del *dictum* delle Sezioni Unite "Mariotti"<sup>45</sup>.

Come è noto, con questa sentenza le Sezioni Unite hanno finalmente assegnato al nuovo art. 590-*sexies* c.p. il rango di causa di non punibilità in senso stretto, da applicare alle ipotesi di colpa lieve da imperizia nell'esecuzione delle raccomandazioni cliniche adeguate. La nuova causa di non punibilità raccoglie quindi, da una parte, la sola imperizia quale forma speciale di colpa generica e, dall'altra, il solo errore-esecutivo, perché quello intellettuale sulla individuazione delle raccomandazioni non avrebbe motivo di condonarsi: qui non vengono il rilievo, infatti, il "grado di rischio da gestire" e le "speciali difficoltà dell'atto medico" come ragioni dell'esenzione, ma solo la leggerezza del professionista nella scelta della diagnosi più appropriata.

Queste limitazioni non potrebbero viceversa operare se si arrivasse a disporre la non punibilità dell'eccesso difensivo dovuto a colpa lieve. In particolare, l'errore di valutazione meriterebbe un trattamento analogo, perché non può pretendersi dal privato cittadino una accurata e prudente valutazione *ex ante* della situazione, quasi che la difesa caratterizzasse il suo specifico dovere professionale. Per la stessa ragione, risulterebbe illogico circoscrivere l'abbuono alla sola imperizia (non esiste perizia nella

---

<sup>44</sup> Del resto, al di là dello slittamento dall'oggettivo al soggettivo, esiste davvero una così grande differenza tra il considerare "proporzionata" una reazione "sproporzionata" e il dire che la colpa "lieve" non è, in realtà, o non deve essere, "vera" colpa?

<sup>45</sup> Cass. pen., Sez. un., n. 8770/2018 (ud. 21 dicembre 2017 – dep. 22 febbraio 2018), Mariotti, con nota critica di R. BLAIOTTA, [Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. Mariotti in tema di responsabilità medica](#), in questa *Rivista*, 28 maggio 2018.



7/2018

reazione necessitata), considerata peraltro la difficoltà – ammessa dalle stesse S.U. al § 6.2 – di operare una plausibile distinzione tra colpa da imperizia e colpa da negligenza o imprudenza.

In definitiva, la causa di non punibilità ipotizzata potrebbe assumere la seguente fisionomia: un secondo alinea da inserire all'art. 55: «*Tuttavia, se i fatti di cui agli art. 589 e 590 sono commessi eccedendo i limiti imposti dall'art. 52 c.p., la punibilità è esclusa nei casi di colpa lieve*»; ovvero la creazione di un embrionale sistema della (non) punibilità colposa con l'introduzione di un neo art. 590-septies: «*Se i fatti di cui agli art. 589 e 590 sono commessi per eccesso di legittima difesa, la punibilità è esclusa nei casi di colpa lieve*».

La legge riconoscerebbe in questo modo che reagire eccessivamente è un comportamento sempre biasimevole e costituente reato, ma che nelle ipotesi di colpa lieve è opportuno non marchiarlo con la pena. E dunque neppure con la celebrazione di un processo. Potrebbe essere lo stesso pubblico ministero a richiedere l'applicazione della nuova causa di non punibilità davanti al giudice delle indagini preliminari<sup>46</sup>, con possibili riflessi solo civilistici. Le vie non resterebbero tre ma diventerebbero quattro: assoluzione piena, non punibilità, condanna a titolo di colpa e condanna a titolo di dolo. Il trattamento risulterebbe per il reo meno deteriore che nella configurazione dell'esimente come causa scusante. L'affermazione potrà sembrare paradossale: tutti sanno che la scusante toglie di mezzo la colpevolezza e dunque il reato, mentre ciò non riesce alla causa di non punibilità in senso stretto. Ma il paradosso è tale soltanto nella teoria. Nella pratica la causa di non punibilità si apre alla logica del compromesso e dunque si presta a una maggiore applicazione, perché mantiene intatto il giudizio di disvalore del fatto e i collaterali riflessi extrapenalistici; mentre la scusante quella logica rifiuta, risolvendo il problema sul piano della colpevolezza. E cioè sul piano che la giurisprudenza utilizza per risolvere il problema della scriminante putativa, al di fuori di ogni compromesso, e non quello dell'eccesso colposo, invece intriso di questa logica.

---

<sup>46</sup> Come già avviene per le ipotesi – conclamate – di tenuità del fatto, sottoposte a un inedito regime di archiviazione dall'art. 411 comma 1 bis c.p.p.