

“Molto rumore per nulla”. Una trasposizione giurisprudenziale della “nuova” legittima difesa.

di Francesca Pia BISCEGLIA*

SOMMARIO: **1.** *Ouverture*: le modifiche in tema di legittima difesa nel domicilio. **2.** Un primo arresto della Corte di Cassazione sull’ambito di operatività della legittima difesa post riforma. La vicenda. **3.** *Segue*. L’iter argomentativo: la perdurante validità delle statuizioni *ante* riforma. **4.** Alcune perplessità su una pronuncia “auto-evidente”. **5.** Una riforma *inutiliter data*? Riflessioni conclusive. **5.1.** Postilla.

ABSTRACT: Through a first judgment, the Supreme Court tries to outline the real scope of the self-defense reform, seeming actually to frustrate the legislative intention of an always proportionate or even always legitimate domiciliary self-defense. Although pointing out critical issues, we will attempt to put the same sentence and the reform in a wider context.

1. *Ouverture*: le modifiche in tema di legittima difesa nel domicilio.

Per ragioni di chiarezza espositiva, occorre prendere brevemente le mosse dal panorama della legittima difesa domiciliare come ridisegnato dalla l. 36/2019 recante “*Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa*”¹ che, introducendo presunzioni, ha inteso restringere gli spazi di discrezionalità giudiziale nella valutazione della sussistenza o meno della causa di giustificazione.

Anzitutto, il secondo comma dell’art. 52² prevede ora che sussiste *sempre* il rapporto di proporzione nell’ipotesi in cui una persona legittimamente presente

* Dottoranda di ricerca presso l’Università della Campania “Luigi Vanvitelli”.

¹ Per un’esauritiva panoramica della riforma anche sotto il profilo procedurale e comparativo P. BEVERE, *La legittima difesa*, Torino, Giappichelli, 2019 e A. DI TULLIO, *La nuova legittima difesa*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2019.

² Nello specifico, l’art. 52 (legittima difesa) si attesta ora nei seguenti termini «1.non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di una offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all’offesa.2.Nei casi previsti dall’articolo 614, primo e secondo comma, sussiste sempre il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un’arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a)la propria o la altrui incolumità, b) i beni propri o altrui, quando non vi è

in uno dei luoghi di cui all'art. 614 c.p. utilizzi un'arma legittimamente detenuta per difendere la propria o altrui incolumità nonché i beni propri o altrui dal "pericolo di un'aggressione. Conseguenza di tale presunzione è che dovrebbe essere sempre legittima e dunque non colpevole la reazione sproporzionata.

In secondo luogo viene contemplata una presunzione, *rectius* un'eliminazione del requisito della necessità difensiva: dispone infatti il nuovo quarto comma del medesimo art. 52 che «nei casi in 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».

La riforma ha poi inciso sulla disciplina dell'eccesso colposo prevedendo che «nei casi di cui ai commi secondo, terzo e quarto 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, numero 5) [minorata difesa], ovvero in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto».

Resta, a questo punto, da vedere se il legislatore sia stato in grado di (ri)affermare³ la propria volontà di presumere la legittima difesa - a beneficio di chi subisca aggressioni nel domicilio - nei confronti dell'interlocutore giudiziale che, sull'argomento, difficilmente arretra rispetto alle proprie posizioni.

2. Un primo arresto della Corte di Cassazione sull'ambito di operatività della legittima difesa post riforma. La vicenda.

Questi i fatti quali emergono dalla breve ricostruzione operata dai Giudici.

L'imputato, al suo rientro a casa, aveva notato che qualcuno vi si era introdotto in sua assenza, asportando altresì degli oggetti. Spaventato perché aveva udito che qualcuno stava tentando di aprire la porta della sua abitazione, appena l'estraneo varcava la soglia, lo colpiva fulmineamente con una mazza da baseball.

desistente e vi è pericolo di aggressione. Le disposizioni di cui al secondo comma ed al quarto si applicano anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale. Nei casi 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».

³ A seguito del tentativo in tal senso esperito nel 2006 (v. *infra* par.3).

Secondo l'imputato, la Corte d'Appello – che aveva confermato la condanna per lesioni personali aggravate – avrebbe in realtà errato nell'escludere l'applicazione dell'esimente di cui all'art. 52 c.p. nella misura in cui aveva ritenuto che, ai fini dell'operatività della stessa, sarebbe stato necessario l'intervento di un'aggressione alla persona, e per contro, insufficiente la sola introduzione dell'aggressore nel domicilio⁴.

3. *Segue.* L'iter argomentativo: la perdurante validità delle statuizioni ante riforma.

La Corte, in sostanza, conferma interamente la lettura dei giudici di secondo grado ribadendo il principio per cui «la causa di giustificazione di cui all'articolo 52 del Codice penale non consente un'indiscriminata reazione nei confronti del soggetto che si introduca fraudolentemente nella propria dimora, ma presuppone un attacco, nell'ambiente domestico, alla propria o all'altrui incolumità, o, quanto meno, un pericolo di aggressione».

Nel caso in esame – evidenziano gli Ermellini – vi era stata, per come ricostruito dallo stesso imputato, la mera introduzione nell'appartamento da parte della persona offesa, non accompagnata da altre circostanze rilevanti ai fini della presunzione di proporzionalità tra offesa e difesa dell'art. 52 c.p. né, ancor prima, idonee a far sorgere la stessa necessità di difesa contro un'offesa ingiusta⁵.

⁴ Cfr. parr. 2.1 e 2.2 del "Ritenuto in fatto". L'imputato lamenta inoltre l'eccessività della pena inflitta, posta la mancata considerazione del comportamento processuale, avendo l'imputato ammesso alcuni dei fatti contestati e quindi mostrato risipiscenza; *tenuto anche conto che il reato al più avrebbe dovuto essere qualificato come lesioni colpose per eccesso colposo ex art. 55, lesioni comunque di scarsa entità.*

⁵ Cfr. par. 1.1 del considerato in diritto in cui si specifica altresì come «la stessa repentinità della condotta, come descritta dal ricorrente, al punto che il medesimo nemmeno riconosceva la vittima, nonostante fosse persona a lui nota, non lascia spazio alla creazione di quella situazione di pericolo attuale richiesto dalla norma, essendosi piuttosto l'azione risolta in un attacco preventivo che in quanto tale non può giammai assumere i connotati della legittima difesa, che presuppone, per sua stessa definizione, l'esigenza di difendersi da una ingiusta aggressione; nè sussistono elementi fattuali, neppure antecedenti all'azione, che possano dar conto di una concreta incidenza sull'insorgenza di erroneo convincimento di dover difendere sé o altri da un'ingiusta aggressione, non potendo certamente desumersi ciò dal solo fatto che l'imputato abbia subito un preventivo furto, avvenuto, in precedenza, in sua assenza. (L'accertamento della legittima difesa, anche putativa, deve essere effettuato valutando, con giudizio "ex ante", le circostanze di fatto, in relazione al momento della reazione e al contesto delle specifiche e peculiari circostanze concrete, al fine di apprezzare solo in quel momento - e non "ex post" - l'esistenza dei canoni della proporzione e della necessità di difesa, costitutivi dell'esimente della legittima difesa *ex multis* Sez. 4, n. 33591 del 03/05/2016 - dep. 01/08/2016, Bravo, Rv. 26747301)».

E, per quanto più ci riguarda, si tiene a puntualizzare come a mutare tali conclusioni non possa nemmeno intervenire la recente legge n.36/2019 modificativa degli artt. 52 e 55 del codice penale.

Prescindendo da quelle che potranno essere «le future evoluzioni interpretative del complessivo statuto normativo afferente la legittima difesa scaturente dall'ultima modifica» - proseguono i Giudici - il novellato art. 52 c.p. continua a fare espresso riferimento alla necessità che l'intrusione nell'altrui abitazione sia avvenuta con "violenza o minaccia".

Inoltre, il rafforzamento della presunzione (quel "sempre" che si pensava dovesse mandare assolto chi reagisce violentemente a un'aggressione nel proprio domicilio) è solo apparente.

In un passaggio invero sibillino (che tenteremo *infra* di decodificare) la Cassazione chiarisce come ciò sia dovuto al fatto che resta in vita l'ipotesi di eccesso colposo di cui all'art. 55 cp, testualmente, «prevedendo il nuovo secondo comma del medesimo articolo unicamente la non punibilità - e per la sola ipotesi della salvaguardia della propria o altrui incolumità - anche in caso di eccesso colposo giustificato da situazioni di minorata difesa ovvero di grave turbamento»⁶. Ne desume quindi che nulla è cambiato rispetto al passato.

In detto contesto, specularmente, la sussistenza dell'eccesso colposo rimane in ogni caso ancorata ai presupposti della legittima difesa⁷.

Ad adiuvandum, la Cassazione riporta gli insegnamenti giurisprudenziali che valorizzano il presupposto su cui si fondano sia la scriminante della legittima difesa che l'eccesso colposo, ovvero l'esigenza di rimuovere il pericolo di un'aggressione attraverso una reazione proporzionata ed adeguata. In particolare, quest'ultimo si caratterizza per un'erronea valutazione del pericolo e dell'adeguatezza dei mezzi utilizzati⁸.

⁶ «Ed invero, ciò che balza evidente leggendo la nuova norma – ed è di rilievo nella fattispecie in esame – è che nella nuova ipotesi della c.d. legittima difesa domiciliare presunta – quella cioè posta in essere contro l'intromissione nel domicilio – affinché l'azione lesiva del soggetto possa essere presuntivamente ritenuta scriminata – sia pure, come detto, in maniera non assoluta – occorre che l'intrusione nell'abitazione sia avvenuta con violenza o minaccia (così testualmente il nuovo co. 4 dell'art. 52 come modificato dalla l. 36/2019) laddove a nessuna delle due dette circostanze è fatto riferimento nella ricostruzione del caso in esame» (par. 1.1. cit.)

⁷ Per la Cassazione, i giudici di merito hanno fatto corretta applicazione del disposto normativo di cui all'art. 55 c.c. escludendo «la configurabilità dell'eccesso colposo perché, stante l'insussistenza dei requisiti dell'aggressione ingiusta e attuale e della necessità di difendersi, non si tratta di stabilire la proporzionalità della difesa rispetto all'offesa mancando proprio a monte il bisogno di rimuovere un pericolo attuale».

⁸ «Ne deriva che, una volta esclusi gli elementi costitutivi della scriminante, non v'è spazio ovviamente - per l'inesistenza di una offesa dalla quale difendersi - per la configurazione di un

In conclusione, si ribadisce come – nel caso di specie - aver escluso gli elementi costitutivi della legittima difesa conduca all'azzeramento dell'ipotesi di eccesso colposo (verificata appunto l'inesistenza di un'offesa dalla quale difendersi) .

4. Alcune perplessità su una pronuncia "auto-evidente".

Il paradosso delle riforme in tema di legittima difesa è che, se l'*intentio legis* è di affrancare la proporzione (ed ora, sembrerebbe, anche gli altri requisiti) dall'interpretazione dei Giudici, nella realtà si assiste esattamente al contrario: per trovare applicazione la normativa non può prescindere dal concreto apporto degli stessi⁹.

È quanto già avvenuto all'indomani della novella del 2006, laddove il Supremo Consesso, prendendo nettamente posizione a favore della natura (soltanto) relativa della presunzione di proporzione, aveva chiarito come - per poter invocare l'esimente anche nell'ipotesi speciale di legittima difesa domiciliare - «deve pur sempre sussistere un'aggressione ovvero il pericolo di un'aggressione in atto»¹⁰.

Ora, ancora una volta, nel modo che abbiamo appena esaminato, la Corte – senza un eccessivo impegno esplicativo - ha inteso dissolvere la paura del *far west*. Per intenderci, quella diffusasi all'indomani dell'ultima riforma in punto di

eccesso colposo (sicché non vi è neppure obbligo per il giudice di una specifica motivazione sul punto, pur se l'eccesso colposo sia espressamente prospettato dalla parte interessata, cfr. *ex multis* Sez. 5, n. 2505 del 14/11/2008 - dep. 21/01/2009, *Olari e altri*, Rv. 24234; Sez. 1, n. 740 del 04/12/1997 - dep. 21/01/1998, *Mendicino ed altro*, Rv. 20945201).

⁹ Com'era già stato rilevato all'indomani della riforma del 2006, l'ineffettività degli interventi legislativi volti a sacrificare il ruolo dell'autorità giudiziale nell'accertamento della proporzione è collegata a doppio filo alla considerazione per cui è quasi impossibile preventivare con sicurezza l'esistenza dei requisiti che gli ordinamenti richiedono per consentire alla stessa di liceizzare una condotta altrimenti offensiva. Servirà dunque quasi sempre un processo penale che (ex post) valuti (ex ante) al momento della condotta l'ammissibilità del gesto (tipologia d'azione, circostanze, lesione). Così F. DIAMANTI, *Il diritto incerto, legittima difesa e conflitto di beni giuridici* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 1364 ss.

¹⁰ Cass. pen. sez. V, 14 maggio 2008, n.25653. In senso conforme Cass. pen., sez. IV, 10 gennaio 2014 n.691 in accordo alla quale: «la causa di giustificazione prevista dall'art. 52 co. 2 cp, così come modificato dall'art. 1 legge n. 59/2006, non consente un'indiscriminata reazione nei confronti del soggetto che s'introduca fraudolentemente nella propria dimora, ma presuppone un attacco nell'ambiente domestico, alla propria o altrui incolumità, o quanto meno un pericolo di aggressione (esclusa, nella specie, l'esimente *de qua* atteso che l'imputato, dopo aver sentito dei rumori provocati dalla presenza di ladri sul solaio di un fabbricato in costruzione, a debita distanza dalla sua abitazione ed in assenza di alcun atteggiamento minaccioso, aveva cagionato la morte di uno di loro, esplodendo colpi di pistola».

legittima difesa in una parte della dottrina penalistica¹¹ e negli ambienti giudiziari¹², laddove si temeva potesse passare il messaggio di una sorta di indiscriminato diritto di reagire in qualunque modo a qualunque forma di offesa (tanto da portare a temere che si fosse congegnata una sorta di immunità penale per coloro che, colti dal panico o addirittura desiderosi di infliggere un castigo all'intruso, lo passassero per le armi senza troppi complimenti).

In particolare, la valenza meramente simbolica della duplice presunzione (di proporzione e di legittima difesa *tout court*) viene fondata su un argomento di tipo sistematico che valorizza il combinato disposto tra gli artt. 52 e 55 del c.p. Ciò che crediamo voglia dirsi, infatti, in quel lapidario passaggio della sentenza che abbiamo precedentemente segnalato è che la disciplina dell'eccesso colposo non avrebbe ragion d'essere qualora ogni forma di reazione fosse scriminata.

Se così fosse, si tratterebbe della lettura offerta da alcuni tra i primi commentatori i quali avevano così sottolineato la «molta retorica e le poche novità della riforma¹³»:

¹¹ A titolo esemplificativo F. PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto* in *Quotidiano giuridico.it*, 30 novembre 2018 che rileva le due basi (entrambe costituzionalmente incompatibili) su cui poggiare la nuova disciplina: «o s'intende dare riconoscimento ad un diritto individuale alla autodifesa, nel riconoscimento di una sorta di cieco istinto alla reazione difensiva di fronte a determinate aggressioni quali appunto quelle domiciliari; oppure si concepisce la difesa come una sorta di sanzione privata per chi si è messo dalla parte del torto e, pertanto, si espone al rischio di subirne le conseguenze reattive inferte da parte dell'agredito» e F. CONSULICH, *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.* in *Giurisprudenza penale* per il quale la riforma «lascia al cittadino una sorta di delega (pressoché *in bianco*) al contrasto dell'aggressione subita nel proprio domicilio e a infliggere, se ne è capace, una pena privata qual è quella del rinnovato *eccesso colposo* incolpevole disegnato al secondo comma dell'art. 55». V. anche R. BARTOLI, *Verso la legittima offesa* in *www.penalecontemporaneo.it*. e R. DE VITO, *Legittima difesa: una legge per un Paese più pericoloso* in *Questione giustizia*, 29 marzo 2019.

¹² V. a riguardo la trascrizione dell'audizione svolta il 10 gennaio 2019 dal Presidente dell'Associazione Nazionale Magistrati Francesco Minisci dinanzi alla Commissione Giustizia della Camera dei deputati sulla proposta di legge in materia di legittima difesa in *www.penalecontemporaneo.it*, 25 gennaio 2019.

¹³ Espressione di S. APRILE, *Un'altra riforma della legittima difesa: molta retorica e poche novità* in *Cass. pen.*, 2019, 7, pp. 2414 ss. Sul punto specifico v. D. PULITANO', *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità della ragionevolezza* in *penalecontemporaneo.it*, 21 maggio 2019 : «Inserito in testi di legge, il "sempre induce alla ricerca di significati normativi. Certamente ha inteso lanciare un messaggio. Qualcuno ha parlato di rafforzamento della presunzione di proporzionalità tra offesa e difesa nel domicilio. Molti (sostenitori o critici) vi hanno letto un superamento dei limiti della necessità: una conclusione insostenibile sul piano dell'interpretazione sistematica e comunque incompatibile con il fondamento costituzionale rilevato dal presidente Mattarella. Secondo il significato usuale della parola, il «sempre» non introduce alcun nuovo elemento di fattispecie: cifra retorica della novella del 2019 il sempre

Eppure gli stessi non avevano potuto fare a meno di notare come il legislatore avesse voluto effettivamente introdurre un allargamento – sia pur delimitato dagli ulteriori presupposti delineati dalla legge - della giustificazione di reazioni difensive in situazioni particolarmente delicate¹⁴.

È evidente, infatti, che il co. 4 contempla una situazione fortemente caratterizzata, quale intrusione con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica. In tale situazione la reazione “sempre legittima” costituisce la reazione necessitata contro un pericolo (pur sempre attuale¹⁵, secondo tale ricostruzione, ma che deve essere) particolarmente marcato.

Domandandosi fin dove potesse spingersi la reazione per respingere l'intrusione, tale dottrina confidava però in una «saggia ermeneutica della situazione di fatto oltre che dei principi giuridici»¹⁶.

L'esercizio di tale «saggia ermeneutica» non trapela però nella sentenza. Tantomeno, le suddette preoccupazioni sembrano toccare i Giudici i quali – almeno in prima battuta - paiono addirittura assimilare le ipotesi di cui ai commi due e quattro, asserendo semplicemente che nessun cambiamento ha subito lo statuto complessivo della scriminante in questione, salvo escludere l'applicabilità al caso di specie dello stesso co. 4 sul rilievo che «anche lo stesso ricorrente non fa mai riferimento a un'intrusione con violenza o minaccia» testualmente richiesto dalla norma.

Potrebbe essere stata dunque la stessa semplicità di risoluzione della vicenda in esame a far sì che la Corte non si prodigasse in eccessivi sforzi speculativi come, al contrario, ha fatto la dottrina, col dichiarato intento di giungere a interpretazioni costituzionalmente e convenzionalmente conformi¹⁷.

legittima è pura parola, priva di significato normativo [...]il riconoscimento (ovvio della possibilità di un eccesso di difesa prende atto che la difesa non è sempre legittima. Eccesso della necessità e (con le differenziazioni introdotte dalla novella) eccesso della proporzione, si collocano oltre i confini della legittima difesa. A ridosso dei limiti, allargando l'area dell'eccesso scusato».

¹⁴ D. PULITANO', *op. cit.*, pp. 209 ss.

¹⁵ Tale ottica però non è condivisa. V., ad es. M. PELISSERO, *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco* in *Oss. Cost.* 5/2019 pp. 106 ss che rileva come: «il rinvio che il co.4 fa ai precedenti due commi e che consentirebbe di utilizzare l'interpretazione giurisprudenziale costituzionalmente orientata del co. 2 sembra da riferire ai contesti spaziali indicati dai co. 2 e 3 più che al complesso dei requisiti ivi previsti : se così è, diventa difficile recuperare l'interpretazione data dalla giurisprudenza. L'Autore ricavava il requisito dell'attualità dal secondo co. dell'art. 55 il quale nel definire i casi di non punibilità dell'eccesso colposo in relazione ai commi 2,3 e 4 dell'art. 52 fa riferimento allo “stato di grave turbamento derivante dalla situazione di *pericolo in atto*”».

¹⁶ D. PULITANO', *op. cit.*, p. 210.

¹⁷ Come, ad esempio, ha fatto in dottrina G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento* in *penalecontemporaneo.it*, 1 aprile 2019.

A pensar male, invece, la Corte ha volutamente mostrato di ritenere la soluzione offerta così ovvia sul piano letterale e sistematico (da non necessitare di troppe spiegazioni) allo scopo di fugare – pur senza riuscirci del tutto – i sospetti di illegittimità costituzionale del ritoccato complesso normativo, mettendo con siffatta perentorietà a tacere, senza possibilità di replica, quanti si erano davvero convinti che la difesa fosse “sempre legittima”. Diversamente, ovvero dichiarando la propria soluzione quale la più corretta sul piano dei principi – ma non l’unica concepibile in astratto – sarebbe altresì potuta incorrere nella facile accusa di volersi sostituire al supremo Organo costituzionale¹⁸.

Data l’apoditticità della pronuncia in commento, non si può del tutto escludere, in un futuro prossimo, che un Giudice richieda l’intervento di un bilanciamento “in senso stretto” ad opera della Consulta, invocato da più parti al fine di arginare quello compiuto dal legislatore, che ha inteso ulteriormente ridefinire i rapporti tra i diritti di chi si offende e chi si difende a favore di quest’ultimo. In tal modo tentando, nuovamente con scarsi risultati, di porre un freno al bilanciamento giudiziale ordinario con riguardo alla valutazione dei requisiti della scriminante in questione¹⁹.

E, se è vero che ciò involgerebbe la questione di un sindacato della Consulta in *malam partem*, è altrettanto vero che ormai sono sempre più frequenti i casi in cui il Giudice costituzionale, sollecitato da concrete esigenze dell’ordinamento, si occupa di norme penali manipolandole anche in maniera inedita al fine di ristabilirne la corrispondenza a principi e valori della Carta Fondamentale²⁰.

¹⁸ Così come avvenne con riguardo alla prima pronuncia a seguito del *novum* normativo in tema di colpa medica (Cass. pen., sez. IV 20 aprile 2017 n.28187, *Tarabori*) che, definendo la propria come “l’unica interpretazione possibile”, fu accusata da un commentatore (M. CAPUTO, “Promossa con riserva”. *La legge Gelli-Bianco passa l’esame della Cassazione e viene “rimandata a settembre” per i decreti attuativi* in *Riv. it. dir. med. leg.* 2017, 2, pp. 724 ss.) di praticare un “*ultra posse*”. Infatti, «se si attacca il testo qualificandolo come irragionevole e intollerabilmente contraddittorio non resta che una via: adire la Corte Costituzionale».

¹⁹ Sui tre tipi di bilanciamento (bilanciamento *in senso stretto*, riguardante principi e diritti ma anche interessi, beni o valori, tipico dei giudici costituzionali; bilanciamento *in senso lato*, ovvero valutazione in concreto dell’interesse prevalente, tipico dei giudici ordinari; bilanciamento *in senso latissimo*, ovvero il contemperamento in astratto di interessi o diritti, tipico di legislatori e costituenti) e sulla legittima difesa come emblema della compresenza degli stessi, il rimando è a M. BARBERIS, *Legittima difesa e bilanciamenti* in Bernardi- Pastore – Pugiotto (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, Giuffrè, 2008, 83 ss.

²⁰ Sul punto si considerino i casi emblematici della sent. n. 236 del 2016, in occasione della quale il giudice costituzionale ha modificato la cornice edittale in tema di delitto di alterazione di stato del neonato nonché della sent. 40/2019 in tema di stupefacenti in cui, preso atto dell’inutilità dell’invito rivolto al legislatore (con sent. 179/2017) di risanare la frattura che separa

5. Una riforma *inutiliter data*? Riflessioni conclusive.

Alla luce della pronuncia in commento è evidente che – allo stato - resti fuori dall'area di applicazione della scriminata in questione ogni ipotesi di legittima difesa preventiva o anticipata, posta l'ineludibilità dell'attualità del pericolo di un'offesa ingiusta nonché della necessità della reazione difensiva. Ciò significa, ad esempio, che non potranno legittimarsi *offendicula*, sproporzionati negli effetti e capaci di entrare in azione ben prima che si consolidi la situazione di pericolo.²¹

Ancora, non si può tuttora considerare lecita l'uccisione intenzionale di un uomo in ragione della salvaguardia di beni (soltanto) di natura patrimoniale. Ragionare diversamente, infatti, significherebbe porsi in patente contrasto con la gerarchia dei valori sancita dalla Costituzione; nondimeno ci si potrebbe domandare se non possano nemmeno contemplarsi i casi in cui l'agredito nel proprio domicilio si trovi nella condizione – valutabile sulla scorta di circostanze di fatto - di dover agire in via preventiva onde efficacemente tutelare la propria incolumità nei casi in cui attendere una maggiore concretizzazione del pericolo del pericolo significherebbe perdere l'unica occasione efficace di autotutela. A ben vedere, tuttavia, tali casi potrebbero essere recuperati estendendo la nozione di attualità del pericolo fino a ricomprendervi i prodromi del pericolo finale da cui non ci si potrebbe difendere²².

le pene per i fatti lievi e per i fatti non lievi (previste, rispettivamente, dai commi 5 e 1 dell'articolo 73 del d.P.R. 309 del 1990) ha dichiarato incostituzionale l'art. 73 co. 1 laddove prevede pena minima edittale la reclusione di otto anni invece che di sei. La particolarità risiede nel fatto – come precisato dalla stessa Corte – che la soluzione sanzionatoria adottata non costituisce un'opzione costituzionalmente obbligata e quindi rimane possibile un diverso apprezzamento da parte del legislatore, nel rispetto del principio di proporzionalità. Vd. inoltre l'inedita tecnica decisoria adottata nella duplice pronuncia sul caso Cappato (Corte cost. ord. 207/2018 e sent. 242/2019, sebbene qui l'eccezione potrebbe essere giustificata dalle peculiarità del biodiritto) in cui ad una prima fase di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata" rinviando l'udienza di quasi un anno e nel frattempo chiedendo al Legislatore di intervenire in materia di "fine vita" segue una pronuncia volta a dettare una vera e propria normativa "vicaria" in attesa del sempre auspicato intervento legislativo.

²¹M. PELISSERO, *op. cit.*, p. 119. Sulle problematiche sollevate degli *offendicula* il rimando è a F. VIGANO', *Legittima difesa* in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di) *Codice penale commentato, artt. 1-384 bis*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 596 ss.

²²A. CADOPPI, *Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto: Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa*, in Studi in onore di Giorgio Marinucci, a cura di DOLCINI e PALIERO, II, Milano, 2006, pp.1377 ss che però, all'indomani della riforma del 2006, proprio in relazione a queste ipotesi auspicava l'introduzione di una norma ad hoc volta a chiarire «tale portata applicativa della legittima difesa» e ad evitare «oscillazioni giurisprudenziali - espresse o occulte - e disparità di trattamento dei poveri difensori».

Rebus sic stantibus, dunque, può rilevarsi che - vuoi per il particolare *modus operandi* della scriminante, vuoi per l'interpretazione giurisprudenziale di certi elementi dal significato ambiguo - la fisionomia della legittima difesa, anche di quella (ulteriormente) allargata, non risulta così lontana da quella che l'istituto aveva prima dei ritocchi normativi. E finanche convenirsi con quanti ritengono che l'art. 52, nella sua formulazione originaria, non necessiti di alcuna riforma²³.

Anche perché, a tacer d'altro, non appare realistico - come qualcuno ha sostenuto²⁴ - che un tratto di penna del legislatore possa portare al superamento della logica del bilanciamento di interessi in conflitto che costituisce l' "in sé" delle scriminanti e della legittima difesa nello specifico²⁵. La forza della logica penalistica, dunque, avrà sempre la meglio sulle intenzioni di un legislatore confuso

A questo punto, il reale *novum* normativo non potrebbe che risiedere nell'inedita previsione di cui al co.2 dell'art. 55. Non a caso, questa disposizione venne definita, all'indomani della riforma, la "spia della cattiva coscienza del legislatore" il quale, consapevole che le norme che prevedono le presunzioni di proporzione e della necessità di difendersi sono destinate all'illegittimità costituzionale, avrebbe aggiunto una disposizione che, riferendosi alle stesse ipotesi, dà rilievo ad altri fattori, e sarebbe destinata ad operare proprio nell'eventualità in cui le presunzioni siano dichiarate costituzionalmente illegittime o comunque interpretativamente neutralizzate²⁶, come avvenuto appunto nella pronuncia esaminata.

Nello specifico, l'unico significato che potrebbe darsi alla "nuova" legittima difesa - di per sé non trascurabile - concernerebbe la rilevanza scusabile dell'errore determinato dal turbamento che deriva dalla situazione di pericolo, facendo rientrare nella condotta scriminata proprio quei comportamenti di eccesso colposo che la giurisprudenza intendeva escludere. A patto, ben

²³ T. PADOVANI, *Ddl Legittima difesa, non resta che sperare nell'oblio legislativo* in *Guida al diritto*, 10 giugno 2017, invitato ad esprimersi sull'opportunità dei recenti progetti di riforma in materia di legittima difesa aveva infatti affermato: «L'attuale vicenda parlamentare è un'impresa che appare priva di senso. Non so quante siano le proposte di modifica. Si rincorrono, cadono, ristagnano...Il problema fondamentale riposa su un grosso equivoco di fondo: l'art 52 c.p. è, in sé, una norma perfetta e non deve essere toccato»

²⁴ M. MICHELOZZI, *Fuori dalla legittima difesa in questionegiustizia.it*, 9 gennaio 2019.

²⁵ A titolo esemplificativo T. PADOVANI, *Difesa legittima*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. III, Torino, UTET, 1989 p.496 e ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, p.251 e ss.; G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale: Parte generale*, VII edizione, Bologna, Zanichelli, 2014, pp. 294 ss.;

²⁶ R. BARTOLI, *Verso la legittima offesa?*, cit., p. 23.

inteso, che sussistano i presupposti della legittima difesa e se ne eccedano i limiti (val sempre la pena rammentare l'adagio "non c'è eccesso colposo senza legittima difesa"²⁷).

A prescindere dai problemi che tali locuzioni pongono²⁸, ancora una volta, sarebbe però incauto dimenticare che sarà un Giudice a dover valutare se c'è "grave turbamento" nel momento in cui viene esploso un colpo di pistola...²⁹

5.1. Postilla.

Potrebbe aprire uno spiraglio di applicabilità della novella (quantomeno) in punto di eccesso colposo un successivo arresto della giurisprudenza di legittimità³⁰, che ha annullato la condanna di omicidio colposo per eccesso di legittima difesa (l'imputato aveva esploso un colpo di pistola contro un albanese disarmato, all'esterno della propria abitazione, nella quale lo straniero aveva cercato di introdursi) rinviando alla Corte d'assise d'appello per la valutazione del "grave turbamento"³¹.

²⁷ Venuto in rilievo nella pronuncia in questione e, post-riforma, in un arresto di qualche mese precedente (Cass pen sez. I 30 settembre 2019, n.39977) che, analogamente afferma a chiare lettere come «in via generale non può essere configurato l'eccesso colposo previsto dall'art. 55 c.p. in mancanza di una situazione di effettiva sussistenza della singola scriminante, di cui si eccedono colposamente i limiti. Ne consegue che l'assenza dei presupposti della scriminante della legittima difesa, con precipuo riguardo al bisogno di rimuovere il pericolo di un'aggressione, mediante una reazione proporzionata e adeguata, impedisce di ravvisare l'eccesso colposo, che si caratterizza per l'erronea valutazione di detto pericolo ed, in relazione ad esso, dell'adeguatezza dei mezzi usati»

²⁸ Per i quali si rimanda, in via esemplificativa a G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit., F. BACCO, *Il grave turbamento nella legittima difesa. Una prima lettura in penalecontemporaneo.it*, 7 maggio 2019. V. anche E. MEZZETTI, *La nuova grammatica del legislatore sulle Straf-Kulturnormen*, in *Arch. pen* 2/2019 pp. 8 ss. che ritiene la nuova disciplina dell'eccesso di difesa «campo d'elezione delle disposizioni dis-nomiche a pura finalità d'orientamento culturale» ovvero «la norma deve servire come strumento rassicurante e preventivo che possa già in astratto garantire una comoda "fuga dal processo" [...] Lo stravolgimento del processo motivazionale della reazione dell'agredito, infatti, non prescinde solo dal criterio dell'irrelevanza, preventiva, della proporzione, ma addirittura incide, ancor prima, sull'assoluta inconferenza del requisito stesso della necessità».

²⁹ Proprio nella pronuncia richiamata *supra* in nt 28 si fa presto ad escludere lo stato di grave turbamento sulla scorta della considerazione che "l'accertamento del fatto compiuto dai giudici di merito" non autorizza a ritenerlo "in nessun modo".

³⁰ Si tratta di Cass. pen., sez. III, 10 ottobre 2019 (dep. 10 dicembre 2019) n. 49883, in *Dejure*

³¹ La Corte mette anzitutto in evidenza (al pari della pronuncia in commento ed a ulteriore conferma delle conclusioni testè rassegnate) come, anche dopo la riforma, non si può considerare esente da responsabilità penale la condotta di chi utilizza un'arma contro la persona "quando questa, pur trovandosi ancora illecitamente all'interno del domicilio, delle appartenenze o dei luoghi equiparati, non stia tenendo una condotta da cui possa ravvisarsi l'attualità del pericolo di offesa alla persona o ai beni che esiga una preventiva reazione difensiva". Quando

La Corte si è così trovata nelle condizioni di dover fare i conti con la difficile ricostruzione di un elemento psicologico come il grave turbamento. Compito che dovrà essere svolto dai giudici d'appello, ai quali però la Suprema Corte detta una serie di indicazioni.

Servono, affermano i Giudici, parametri oggettivi cui agganciare il giudizio e, quindi, sono irrilevanti stati d'animo che hanno ragioni e cause già esistenti o diverse; nello stesso tempo, la valutazione dovrà considerare, alla luce della situazione di fatto, se e in che misura il pericolo in atto ha provocato in chi agisce «un turbamento così grave da rendere inesigibile quella razionale valutazione sull'eccesso di difesa che costituisce oggetto del rimprovero mosso a titolo di colpa». Altri parametri di riferimento potranno essere rappresentati dall'analisi sulla maggior o minore lucidità e freddezza che hanno caratterizzato l'azione difensiva, anche nei frangenti immediatamente precedenti e successivi l'evento.

poi esiste la necessità della difesa contro un pericolo attuale di un'offesa indirizzata solo ai beni, la presunzione di proporzionalità sull'uso dell'arma sarà applicabile quando non c'è desistenza dall'azione criminale (V. par. 3)

In seconda battuta, però, si ammette come la l. 36/2019 abbia inciso in maniera profonda sulla scriminante, stabilendo l'esclusione della punibilità quando chi ha agito lo ha fatto per la protezione della propria altrui incolumità "in stato di grave turbamento derivante da situazione di pericolo in atto. Inoltre, trattandosi di una misura più favorevole, «non è incerta la sua applicazione retroattiva» (par. 4).