

ATTUALITÀ

DANIELE PIVA

***Contradictio in adiecto e tamquam non esset*
nella riforma della difesa legittima domiciliare:
dai moniti della dottrina alle conferme
della giurisprudenza**

A un anno e mezzo dalla riforma della legittima difesa domiciliare di cui alla L. 36/2019 risultano confermate le previsioni già svolte sin dal corso dei lavori preparatori. Da un lato, infatti, le modifiche dell'art. 52, co. 2, e 4 c.p. sembrano destinate a un *tamquam non esset* in virtù di un'interpretazione costituzionalmente orientata volta a richiedere comunque l'accertamento dei requisiti di necessità e proporzione. Dall'altro, per effetto di una *contradictio in adiecto*, l'introduzione, nei medesimi casi, della scusante per l'eccesso di cui al nuovo capoverso dell'art. 55 c.p. ha immediatamente rimesso alla discrezionalità giudiziale il compito di stabilire i parametri di valutazione del concetto psichico di "grave turbamento".

A year and a half after the reform of the legitimate home defense pursuant to Law 36/2019, the forecasts already carried out right from the course of the preparatory work are confirmed. On the one hand, in fact, the amendments to art. 52 paragraphs 2 and 4 of the Criminal Code seem destined for a *tamquam non esset* by virtue of a constitutionally oriented interpretation aimed at still requiring the verification of the requirements of necessity and proportion. On the other hand, due to a *contradictio in adiecto*, the introduction, in the same cases, of the excuse for the excess referred to in the new paragraph of art. 55 c.p. has immediately left to judicial discretion the task of establishing the evaluation parameters of the psychic concept of "serious disturbance".

La scelta di sviluppare le seguenti riflessioni sulla riforma della legittima difesa domiciliare di cui alla L. 36/2019, peraltro incidentalmente già svolte in altra sede¹, non poteva che ricadere su *Archivio Penale*.

Non foss'altro perché, a distanza di appena un anno e mezzo dalla sua entrata in vigore, oltre alla pubblicazione di studi monografici specifici², sembrano essersi avverati i moniti al tempo lanciati sulle pagine di questa Rivista, tra gli altri, da Adelmo Manna che vi aveva intravisto subito le tracce del "fumo del-

¹ PIVA, *Le componenti impulsive della condotta: tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Napoli, 2020, 312 ss.

² NOTARO, *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, Torino, 2020; DIAMANTI, *Appunti sulla legittima difesa. Una questione politica*, Torino, 2020; MACRÌ, *Effettività e limiti costituzionali della legittima difesa: dal far west al fair risk*, Torino, 2020.

la pipa”³, quale riflesso negli occhi di quella medesima ottica populista dell’allora governo del cambiamento di cui, appena un mese prima, si erano ravvisati i frutti nella cd. legge spazzacorrotti⁴. Non senza dedurre, come poi argomenterà anche in sede manualistica⁵, una vera e propria *contradictio in adiecto* dal confronto tra le modifiche apportate all’art. 52 e quelle, ben più significative, riguardanti l’art. 55 cpv. c.p.

Come noto, infatti, l’intendimento del legislatore era quello di limitare l’esercizio della discrezionalità giudiziale mediante il ricorso a presunzioni *iuris et de iure* volte ad allargare l’ambito fattuale della scriminante, da applicare *sempre* (art. 52, commi 2 e 4 c.p.) e non più a condizione di accertarne in concreto i presupposti⁶, financo quello della necessità di difesa nel caso di violazione di domicilio violenta, quasi come una riconquista delle prerogative dell’individuo dinanzi all’impotenza dell’autorità pubblica. Senonché, a prescindere dai paventati profili di illegittimità costituzionale connessi *ab origine* all’affermazione di un diritto soggettivo all’autotutela non bilanciabile con gli altri beni in gioco⁷, si è finito, mutuando dal § 33 del codice penale tedesco, per introdurre una scusante per l’eccesso incolpevole rimessa a quell’apprezzamento caso per caso cui veniva paradossalmente sottratto ogni spazio applicativo.

Di qui il coro delle critiche che, sia prima che dopo l’approvazione della legge⁸, a partire dalle inascoltate audizioni svolte in sede parlamentare⁹ o dalla

³ MANNA, *Il fumo della pipa (il cd. populismo politico e la reazione dell’accademia e dell’avvocatura)*, in *Archivio Penale (Web)*, 19 ottobre 2018, 3 s. nonché poi ID., *Razionalità ed irrazionalità nel sistema penale*, ivi, 3/2018, 5 ss.

⁴ MANNA-GAITO, *L’estate sta finendo*, in *Archivio Penale (Web)*, 12 settembre 2018. In generale, sul populismo penale v. ora, tra gli approfondimenti monografici, AMATI, *L’enigma penale. L’affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020; ANASTASIA-ANSELMI-FALCINELLI, *Populismo penale*, Milano, 2020.

⁵ MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020, 314-316.

⁶ GALLO, *Due o tre cose sul nuovo volto della legittima difesa*, in *questa Rivista*, 2/2019, 4; GROSSO, *La legittima difesa dopo la L. 26 aprile 2019, n. 102*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 889; 3; BEVERE, *La legittima difesa*, cit., 75 e 77.

⁷ Sui profili CEDU si rinvia, per tutti, a GARGANI, *Diritto alla vita e autotutela privata dei beni patrimoniali: il problematico confronto con l’art. 2 CEDU*, in www.laegislazionepenale.eu, 15 febbraio 2019.

⁸ In ordine sparso, INSOLERA, *Dalla legittima difesa all’offesa legittimata.² Ragioni a confronto sulle proposte di modifica all’art. 52 c.p.*, in *disCrimen*, 5 novembre 2018; CARUSO, *Ancora a proposito della riforma della legittima difesa. Tra ragioni di ‘liceità’ e cause di ‘scusa’*, in *Arch. Pen.*, 3/2018, 1 ss.; RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile.²*, Torino, 2019, 18 s.; GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento*, in www.penalecontemporaneo.it, 1° aprile 2019, 3 ss.; BARTOLI, *Verso la “legittima offesa”. Brevi considerazioni sulla riforma in itinere della legittima difesa*, in *Dir. Pen. Cont.*, fasc. 1/2019, 19 ss.; BACCO, *Il “grave turbamento” nella legittima difesa. Una prima lettura*, in *Dir. Pen. Cont.* – Fasc. 5/2019, 72; CONSULICH, *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, in *Giurisprudenza Penale*

sua promulgazione “abrogante” da parte del Presidente della Repubblica¹⁰, non si è risparmiato il riferimento a modelli tipici di democrazie illiberali¹¹ o anche al rischio di una vera e propria strumentalizzazione dell’aggredito da parte dello Stato volto a garantire sicurezza e ordine pubblico¹², essendosi persino coniata un’inedita categoria di *Straf-Kulturnomen*, la cui caratteristica sarebbe quella di veicolare soltanto messaggi dal contenuto pressoché rassicurante in relazione a fenomeni del tutto contingenti, sia pur attraverso “norme-lettera-morta” in quanto approvate a tutti i costi, tecnicamente irricevibili e comunque affette da palese incostituzionalità¹³.

A distanza di un anno e mezzo può allora confermarsi che - essendo destinate le modifiche all’art. 52 c.p., per lo più, a un *tamquam non esset* - il cuore, o se vogliamo forse l’unico senso, della riforma riguarda, piuttosto, l’eccesso incolpevole di cui all’art. 55 cpv. c.p. tramite il quale, da un lato, risulta propriamente restituito alla dimensione soggettiva quel medesimo giudizio di bilanciamento tra offesa e difesa che invece il legislatore avrebbe voluto risolvere sul piano oggettivo in modo *tranchant* e, dall’altro, esce quantomeno ridimensionata la rigida preclusione dell’art. 90 c.p., riconoscendosi (finalmente) *ex lege* effetto scusante a uno stato di alterazione emotiva di per sé non avente carattere patologico ma derivante dall’insorgere di una situazione di pericolo

Web, 5, 8 s.; AMODIO, *A fuori di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, 2019, spec. 25 ss.; MICHELOZZI, *Fuori dalla legittima difesa*, in *www.questionegiustizia.it*, 1/2019 e BEVERE, *La legittima difesa*, Torino, 2019, sepc. 71 ss. e 97 ss.

⁹ Cfr., specialmente, quanto ribadito in sede di audizione dinanzi alla Commissione 2° Giustizia del Senato della Repubblica, dai Proff. Palazzo (cfr. relazione, 5 ss.), Padovani (cfr. relazione, 2 ss.) e Insofera (cfr. relazione, 14 ss.).

¹⁰ Mutuando da MORELLI, *La promulgazione “abrogante” della legge sulla legittima difesa e la fiducia del Presidente*, in *lacostituzione.info*, 28 aprile 2019, si allude al messaggio ai Presidenti di Camera, Senato e Consiglio dei Ministri nel quale si è ritenuto di precisare che il fondamento costituzionale dell’ampliato regime di non punibilità a favore di chi reagisce legittimamente a un’offesa ingiusta, realizzata all’interno del domicilio e dei luoghi ad esso assimilati, «è rappresentato dall’esistenza di una condizione di necessità», fermo restando «la primaria ed esclusiva responsabilità dello Stato nella tutela della incolumità e della sicurezza dei cittadini»: sul punto, nell’immediato, GATTA, *Legittima difesa nel domicilio: considerazioni sui profili di legittimità costituzionale*, a margine della lettera con la quale il Presidente della Repubblica ha comunicato la promulgazione della legge n. 36 del 2019, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 maggio 2019; PULITANÒ, *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, in *Dir. Pen. Cont.* - Fasc. 5/2019, 205 ss.; DE VITO, *Promulgata la nuova legge sulla difesa... non sempre legittima*, in *www.questionegiustizia.it*, 28 aprile 2019.

¹¹ RISICATO, *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 29 giugno 2019, 5 e 15 s. che, al riguardo, richiama specialmente i codici ucraino (art. 36) e ungherese (sezione 22).

¹² PALAZZO, *La tutela della persona umana: dignità, salute, scelte di libertà*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 23 settembre 2019, 6 s.

¹³ MEZZETTI, *La nuova grammatica del legislatore sulle Straf-kulturnormen*, in *Arch. pen.*, 2/2019, 8 ss.

in alcun modo addebitabile all'agente.

Lo dimostra il fatto che, nelle prime pronunce in merito, la Cassazione - oltre ad affermare l'efficacia retroattiva dei nuovi art. 52 comma 4 e 55 cpv. c.p. ai sensi dell'art. 2, rispettivamente commi 2 e 4 c.p.¹⁴ - si è subito spesa per un'interpretazione costituzionalmente orientata della scriminante tesa a relativizzare ogni presunzione, ancorché *in bonam partem*, mediante il richiamo ai requisiti della necessità difensiva e della proporzione¹⁵, per rimettere poi al giudice il compito semmai di valutare, in concreto, l'incidenza della situazione emotiva sull'esigibilità della condotta doverosa.

Quasi un *remake* della giurisprudenza *post* L. 59/2006 già parimenti impegnata, come noto, a mitigare gli effetti della presunzione dell'art. 52 cpv. c.p., ribadendo la necessaria verifica del pericolo concreto di un pregiudizio attuale per l'incolumità fisica dell'agredito o di altri¹⁶.

Oggi, tuttavia, compare sulla scena il capoverso dell'art. 55 cpv. c.p. che, potendo assicurare l'impunità a chi risulti aver violato i limiti della scriminante reintrodotti in via giudiziale, assume una centralità sistematica sin troppo evidente.

In primo luogo, infatti, la scusante di nuovo conio rappresenta quel tratto di specialità della disciplina idoneo a svincolare, già a livello normativo, l'eccesso dai comuni standard comportamentali dell'art. 43 c.p., la cui inadeguatezza deriva dall'intrinseco riferimento ad attività ordinarie e non già straordinarie (come, per l'appunto, la difesa nel proprio domicilio)¹⁷.

Più in generale, la novella si presta anzi ad arginare la potenziale irragionevolezza di un giudizio di colpa che, oltre a imputare il mancato rispetto di rego-

¹⁴ Cfr., rispettivamente, Cass., Sez. I, 14 maggio 2019, n. 39977 in *Guida al dir.*, 43/2019, 83 e Cass., Sez. IV, 28 maggio 2019, n. 28782, *ivi*, 34/2019, 58 su cui v., in senso critico, AMARELLI, *La nuova legittima difesa domiciliare tra abolitio criminis e successione di leggi nel tempo*, in www.la-legislazionepenale.eu, 24 marzo 2020.

¹⁵ Cass., Sez. V, 6 giugno 2019, n. 28336, in *Guida al dir.*, 39/2019, 81; Cass., Sez. IV, 13 giugno 2019, n. 40414, *ivi*, 43/2019, 83 e Cass., Sez. I, 14 maggio 2019, n. 39977, cit.

¹⁶ Cfr., a titolo esemplificativo, Cass., Sez. V, 13 febbraio 2018, n. 33837, in www.dejure.giullire.it (d'ora in poi, per brevità, *DJG*); Sez. I, 13 giugno 2017, n. 51262, *ivi*; Sez. V, 30 marzo 2017, n. 44011, *ivi*; Sez. I, 7 ottobre 2014, n. 50909, *ivi*; Sez. V, 2 luglio 2014, n. 35709, *ivi*; Sez. I, 25 febbraio 2014, n. 28802, *ivi*; Sez. IV, 14 marzo 2013, n. 19375, *ivi*; Sez. III, 29 gennaio 2013, n. 15366, *ivi*; Sez. IV, 14 maggio 2008, n. 25635, *ivi*; Sez. I, 8 marzo 2007, n. 16677, in *Giur. it.*, 2007, 2827.

¹⁷ In tal senso, si riconosce *expressis verbis* nell'eccesso di cui all'art. 55 c.p. una «forma di responsabilità strutturalmente colposa» benché meramente ricognitiva di principi già presenti nell'ordinamento (e tratti dagli artt. 43 e 47 c.p.), in Cass., Sez. V, 2 febbraio 2018, n. 15713, in *DJG*, su cui v. il commento di SPINA, *La Cassazione considera (già) inutile quel che la politica promette di eliminare. Il paradosso dell'eccesso colposo di legittima difesa*, in *Dir. Pen. Cont.*, fasc. 7-8/2018, 21 ss.; idem in Cass., Sez. III, 27 aprile 2018, n. 30910, in *DJG*; Sez. IV, 19 luglio 2017, n. 52120, cit.; Sez. V, 13 febbraio 2014, n. 11806, in *DJG*.

le cautelari a chi in determinati casi può persino non avere la facoltà di auto-controllo, si scontra con la contraddizione di una condotta (almeno sino a un certo punto) giustificata dalla situazione, ma al contempo qualificata come imprudente, negligente o imperita¹⁸.

In secondo luogo, si profila un'occasione imperdibile per restituire all'eccesso la sua giusta rilevanza a dispetto di una prassi che, in spregio della sua capacità di assorbire casistiche generalmente ricondotte all'art. 52 c.p., ne ha sinora contenuto l'applicazione¹⁹, per lo più solo a fronte di un'offesa ingiusta e quasi sempre *contra reum*²⁰.

Nell'ambito della L. 36/2019, inoltre, la stessa previsione della possibilità di un eccesso, sia pur non punibile, serve a confermare la sussistenza di limiti anche per le ipotesi *prima facie* estreme di cui ai commi 2, 3 e 4 dell'art. 52 c.p.

Ma, soprattutto, l'incolpevolezza *ex lege* dell'eccesso dovrebbe ora garantire certezza del giudizio, a fronte dell'imprevedibilità dell'esito processuale altrimenti compendiato nella domanda, persino imbarazzante nella sua banalità, “*cosa avresti fatto tu in quella situazione?*”, la cui risposta lasciata al giudice non può che risultare arbitraria o risolta in modo intuitivo con un “*forse avrei reagito così anch'io*” o “*forse no*”.

Ma è proprio qui che la riforma, oltre a svelare l'inevitabile fallimento dell'*intentio legis*, mostra i suoi veri limiti, già palesati dalla immediata espansione della discrezionalità giudiziale.

Preliminarmente, in spregio della sua razionale collocazione nell'art. 55 c.p., la nuova scusante sembra peccare per difetto in quanto riferita ai soli casi di difesa legittima domiciliare, laddove la medesima *ratio* ben può sussistere in

¹⁸ Così già DELITALA, *Legittima difesa e reato colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1940, 542 s.

¹⁹ Stando ai dati (non completi, in quanto basati su un numero incluso tra il 70% e il 90% del totale) forniti dal Ministero della Giustizia - come riportati anche da GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento*, cit., 6 e BEVERE, *La legittima difesa*, cit., 117 s. - nel 2017, ad esempio, i procedimenti iscritti nei tribunali italiani contenenti un riferimento all'art. 55 c.p. in relazione alle ipotesi di legittima difesa domiciliare, sono stati appena 12 (8 dinanzi al gip/gup e 4 in dibattimento) ed altrettanti quelli definiti in quell'anno (sempre 8 dinanzi al gip/gup e 4 all'esito di istruttoria dibattimentale).

²⁰ Nel senso che l'eccesso colposo sottintende i presupposti della scriminante costituiti, in primis, dall'aggressione ingiusta, non essendo invocabile da parte di chi abbia concorso alla sua determinazione o l'abbia persino erroneamente supposta v., nel tempo, tutte a conferma delle rispettive condanne inflitte dai giudici di merito, Cass., Sez. I, 21 giugno 2018, n. 37289, in *DJG*; Sez. I, 4 aprile 2018, n. 13851, *ivi*; Sez. V, 12 gennaio 2018, n. 15460, *ivi*; Sez. I, 28 novembre 2017, n. 6972, *ivi*; Sez. V, 14 febbraio 2017, n. 12274, *ivi*; Sez. V, 31 gennaio 2017, n. 9164, *ivi*; Sez. V, 12 ottobre 2016, n. 49615, *ivi*; Sez. I, 6 febbraio 2015, n. 19789, *ivi*; Sez. I, 14 aprile 2014, n. 15742, *ivi*. *Contra* v., tra le poche recenti pronunce di assoluzione, Cass., Sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 24084, in *DJG*.

relazione ad ogni situazione di pericolo in atto o a qualsiasi necessità di agire in contesti critici, di urgenza o di concitazione: sia essa connessa ad una difesa legittima al di fuori del domicilio (ad esempio su un aeroplano in volo) che ad altra scriminante fondata su presupposti analoghi (si pensi, ad esempio, al pericolo attuale di un danno grave alla persona di cui all'art. 54 c.p. o alla necessità di respingere una violenza o di vincere una resistenza all'Autorità prevista all'art. 53 c.p.)²¹.

Il suo ambito applicativo, d'altro canto, appare molto più circoscritto di quanto sembri, essendo limitato ai fatti commessi per salvaguardare la propria o altrui incolumità e non già per difendere un qualsiasi diritto (ad esempio patrimoniale): come se la reazione potesse in qualche modo direzionarsi e il turbamento essere tale da non inficiare la facoltà di orientamento della propria condotta.

Né vengono in alcun modo prese in considerazione, sia pur nell'ambito di una possibile diversa disciplina in termini di colpevolezza attenuata, le ipotesi di erronea supposizione o di eccesso doloso determinate dalle medesime condizioni di vulnerabilità²²: sebbene sgomento, timore e paura rimangano indici di quella componente emotiva che, essendo alla base della stessa orientazione della propria intenzionalità, il giudice non potrà mai trascurare.

Quanto ai rapporti con l'art. 59 u.c. c.p. l'omissione appare, poi, ancor più grave in quanto - nonostante il medesimo effetto di alterata percezione della realtà possa indifferentemente atteggiarsi nella forma della sopravvalutazione di un pericolo in atto o della sua erronea ma pur sempre ragionevole supposizione, come dimostra l'applicazione, analogica se non diretta, della norma-modello del § 33 StGb ai casi di *Putativnotwehrexzess*²³ - in giurisprudenza

²¹ Concordano DIAMANTI, *Appunti sulla legittima difesa. Una questione politica*, cit., 116. Nel corso dei lavori preparatori della L. 36/2019, già PALAZZO, Audizione 19 settembre 2018 (cfr. relazione, 6).

²² Sul punto, sembrano esprimere un certo rammarico, rispettivamente, MEZZETTI, *La nuova grammatica del legislatore sulle Straf-kulturnormen*, cit., 10 e GALLO, *Due o tre cose sul nuovo volto della legittima difesa*, cit., 7. Dello stesso avviso NOTARO, *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, cit., 312 s.; PERRONE, *L'errore nella legittima difesa: dal criterio del 'difensore modello' al giudizio 'ad personam'?*, in www.la-legislazione-penale.eu, 2 settembre 2019, 6 s.

²³ Al quale vengono ricondotti, in via analogica se non diretta, anche i casi di *Putativnotwehrexzess* in tema v., nella manualistica, ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, 2006, 1003 s.; GROPP, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin-Heidelberg, 2015, 300 ss.; KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 2017, 428 ss.; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, München, 2017, 310 ss.; nonché, tra i commentari più aggiornati, PERRON/EISELE, in SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 2019, 677 ss., spec. 680; FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, München, 2018, 324 ss. In Italia v., di recente, l'analisi di MACRÌ, *Uno studio comparatistico dell'eccesso di difesa domiciliare nel nuovo art. 55 co. 2 c.p.*, cit., 45-50.

continua a non riconoscersi allo stato di turbamento *ex se*, ove non accompagnato da ulteriori e non meglio definiti “dati di fatto concreti”²⁴, alcun effetto di esclusione non solo della colpa incosciente, quale fattore di inesigibilità in concreto del comportamento conforme alla norma, ma financo del dolo, attesa l’esigenza di un errore ragionevole, plausibile o logicamente apprezzabile in cui si intravede un limite ostativo *tout court* e non già un criterio di valutazione della rilevanza di queste situazioni²⁵.

Sul piano della determinatezza, invece, emergono *deficit* significativi con riguardo alla definizione dello stato psicologico che si arresta al *turbamento* di cui risultano mancare anche i parametri del requisito di *gravità*, senza alcuna indicazione della sua natura astenica (ansia, paura, panico, spavento, terrore)²⁶.

Oltre ai noti limiti dell’accertamento *ex post* di uno stato metagiuridico, la *probatio* rischia, peraltro, di diventare davvero diabolica, ove si pensi che ciascuno può turbarsi in modo diverso, potendo le condizioni personali incidere anche sull’eventuale sopravvenienza di impulsi stenici (repulsione, rabbia o risentimento)²⁷.

Senza considerare che, nell’ottica della *ratio* stessa della scusante, un turbamento *c’è o non c’è*, riuscendo davvero difficile comprendere per quale motivo non dovrebbe rientrarvi l’ipotesi in cui, pur a fronte delle situazioni descritte nei commi 2, 3 e 4 dell’art. 52 c.p., un turbamento vi sia stato senza però assicurare a non meglio definiti parametri di gravità.

Né sembra possibile far ricorso, quali indici oggettivi del turbamento, alle situazioni descritte nell’art. 61 n. 5 c.p. dal momento che, lungi dall’assumere

²⁴ Testualmente Cass., Sez. VI, 14 dicembre 2016, n. 4114, in *DJG*.

²⁵ Da ultimo, Cass., Sez. I, III, 10 dicembre 2019 (ud. 10 ottobre 2019), n. 49883, in *Dir. pen. proc.*, 5/2020, 656 ss., con commento di PIVA, *Oggettivo e soggettivo nell’eccesso di difesa per “grave turbamento”* e di CAIROLI, *Legittima difesa ed eccesso colposo: la riforma ex legge 36/2019 al vaglio della Suprema Corte*, in *Arch. pen.*, 2/2020; in precedenza, volendo, Cass., Sez. V, 8 gennaio 2014, 14021, in *DJG*; Sez. IV, 14 novembre 2013, n. 691, in *Diritto & Giustizia*, 13 gennaio 2014; Sez. V, 15 gennaio 2013, n. 18971, *ivi*, 2 maggio 2013; Sez. I, 24 novembre 2009, n. 3464, rv. 245634.

²⁶ In argomento BACCO, *Il “grave turbamento” nella legittima difesa. Una prima lettura*, cit., 65; RISICATO, *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, cit., 12; BARTOLI, *Verso la “legittima offesa”. Brevi considerazioni sulla riforma in itinere della legittima difesa*, cit., 23; CONSULICH, *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, cit., 10; ROIATI, *Il grave turbamento emotivo e l’inesigibilità per contesto e per tipo d’autore*, in *Arch. Pen.*, 1/2020, 15 ss.; NOTARO, *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, cit., 303. Nella manualistica, specialmente, MEZZETTI, *Diritto penale. Dottrina, casi e materiali*, Bologna, 2020, 478-480.

²⁷ Sul punto già TELESCA, *Le proposte di legge in tema di legittima difesa domiciliare ovvero l’impervia strada dell’oggettivizzazione della paura*, in www.laegislazionepenale.eu, 5 ottobre 2017, spec. 28 ss.

un valore esplicativo del relativo contesto fattuale, nel nuovo art. 55 cpv. c.p. esse vengono piuttosto richiamate, peraltro in modo tecnicamente non ineccepibile²⁸, alla stregua di scusante autonoma e alternativa, come dimostra l'uso della disgiuntiva "o". Così come neppure potrebbero mai mutuarci, al riguardo, gli assunti interpretativi raggiunti sull'analogo "stato di ansia o di paura" dello *stalking* (art. 612-*bis* c.p.)²⁹ per l'obiettivo diversità non solo di origine (condotte reiterate/intrusioni istantanee) o di durata (perdurante l'uno, pressoché estemporaneo l'altro) ma anche e soprattutto di contesto (incriminazione/scusante) ed effetto (*in malam* o *in bonam partem*).

Ma, soprattutto, viene obliterato il rapporto di necessaria derivazione (e non di mera contestualizzazione) tra difesa e stato psicologico, posto che, testualmente, l'eccesso deve realizzarsi *in* (e non *per* o *a causa del*) grave turbamento psichico, facendosi riferimento al fatto che la reazione difensiva sia da esso semplicemente accompagnata³⁰: con potenziale compromissione, salvo adeguamenti sul piano ermeneutico, della *ratio* stessa dell'effetto scusante che risulterebbe altrimenti esteso ad ogni situazione di quel tipo, a prescindere dall'effettiva alterazione del procedimento motivazionale dell'agente.

Stando al testo normativo, persino il nesso cronologico tra fatto e turbamento presenta infine ampi margini di ambiguità, dovendosi stabilire a partire da quale momento e fino a quando tale stato debba durare in termini temporali. Di qui l'ennesima attività di supplenza giurisprudenziale cui la Cassazione sembra non essersi sottratta, avendo già avuto modo di precisare che il "grave turbamento" dell'art. 55 cpv. c.p. – cui, nel silenzio del legislatore, è stata immediatamente attribuita la qualificazione giuridica di "scusante", a dispetto

²⁸ Cfr. GALLO, *Due o tre cose sul nuovo volto della legittima difesa*, cit., 6; RISICATO, *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, cit., 11; NOTARO, *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, cit., 304-309; da ultimo RUGGIERO, *Difesa legittima e legittimità della difesa: fragile equilibrio di un'evoluzione discutibile*, in *Arch. Pen.*, 3/2020, 20 ss.

²⁹ Cfr., per tutte, Corte Cost. n. 172/2014, in *DJG*; nonché, a mero titolo esemplificativo, Cass., Sez. III, 23 gennaio 2019, n. 23530, *ivi*; Sez. V, 28 marzo 2018, n. 14200, *ivi*; Sez. V, 30 ottobre 2017, n. 49681, *ivi*; Sez. V, 2 marzo 2017, n. 17795, *ivi*.

³⁰ Cfr., ancora, BARTOLI, *Verso la "legittima offesa". Brevi considerazioni sulla riforma in itinere della legittima difesa*, cit., 23; RISICATO, *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, cit., 12; BACCO, *Il "grave turbamento" nella legittima difesa. Una prima lettura*, cit., 67; PERRONE, *L'errore nella legittima difesa: dal criterio del 'difensore modello' al giudizio 'ad personam'?*, cit., 25 s.; DIAMANTI, *Appunti sulla legittima difesa. Una questione politica*, cit., 85. Si tratta, peraltro, di un aspetto neppure sfuggito all'attenzione del Presidente della Repubblica il quale, nel messaggio inviato in sede di promulgazione della legge ai Presidenti di Camera, Senato e Consiglio dei Ministri, ritiene opportuno precisare che, in senso conforme a Costituzione, il turbamento «deve essere determinato dalla concreta situazione in cui si manifesta».

di eventuali possibili proiezioni sul piano dell'imputabilità o della mera punibilità - deve valutarsi alla luce di parametri oggettivi tra cui la gravità e concretezza del pericolo in atto da cui tale stato d'animo deriva (con esclusione, quindi, di quello derivante da cause preesistenti), la gravità del rimprovero che discenderebbe dall'applicazione degli ordinari parametri di ricostruzione del profilo di colpa e, infine, la maggiore o minore freddezza dell'azione difensiva³¹.

Tutti elementi tramite i quali rientra dalla finestra quella medesima alea di rischio che il legislatore del 2019 aveva inteso far uscire dalla porta, per garantire impunità *tout court* a chi si difende nel proprio domicilio. Un'eterogeneità dei fini, un ritorno al passato o forse un incubo. Per noi, *nihil sub sole novum*: solo l'ennesima conferma che, per quanto non rispondente alla logica del populismo penale, ogni scelta *politica* deve fare conti con i principi costituzionali e con la tecnica di formulazione normativa. Certo, se si pensa che si tratta di un film in qualche modo già visto all'indomani della L. 59/2006 - tanto per le critiche alla legittima difesa presunta³² quanto per l'invito a concentrare semmai l'attenzione su quella scusata³³ - vien proprio da dire *errare humanum est, perseverare autem diabolicum*. Peggio ancora se, anche solo per un attimo, il pensiero corra ai più recenti interventi in tema di colpa in cui il legislatore mostra tutta la sua inadeguatezza tecnica, sino a confezionare norme, se non inutili e sovrabbondanti (come quelle in tema di omicidio o lesioni stradali di cui agli artt. 589 *bis* e 590 *bis* c.p.), a tratti scarsamente intelleggibili

³¹ Cfr. Cass., Sez. I, 14 maggio 2019, n. 39977, cit. e, soprattutto, Cass., Sez. I, III, 10 dicembre 2019, n. 49883, cit.

³² Cfr., fra i tanti, DOLCINI, *La riforma della legittima difesa: leggi "sacrosante" e sacro valore della vita umana*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2006, 431 ss.; PALIERO, *La difesa legittima territoriale (ovvero un paradigma orientato alla sproporzione) (l. 13.2.2006, n. 59)*, in *Leg. Pen.*, 2006, 569 ss.; BELLAGAMBA, *I profili problematici della categoria delle scriminanti*, Milano, 2007, 61 ss.; VIGANÒ, *Sulla nuova difesa legittima*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2007, 42 ss.; MANTOVANI, *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 432 ss.; MILITELLO, *La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione?*, ibidem, 838 ss.; SEMERARO, *Riflessioni sulla riforma della legittima difesa e sull'autotutela in un privato domicilio*, in *Cass. pen.*, 2006, 843 ss.; PALAZZO, *La riforma dell'art. 52 c.p.: aggiornamento o trasfigurazione della legittima difesa?*, in *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso multidisciplinare*, a cura di BERNARDI-PASTORE-PUGIOTTO, Milano, 2008, 53 ss.

³³ Cfr., a titolo esemplificativo, CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare (c.d. "sproporzionata" o "allargata"): molto fumo e poco arrosto*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2006, 436; VIGANÒ, *Spunti per un progetto alternativo di riforma della legittima difesa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI-PALIERO, I. *Teoria del diritto penale. Criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, 2058 ss.; PLAN-TAMURA, *L'omicidio per legittima difesa, (II parte)*, in *Arch. pen.*, 1/2015, 205 e 208; PULITANÒ, *Legittima difesa: fra retorica e problemi reali*, in *Dir. Pen. Cont. - Riv. Trim.*, 4/2017, 265 ss.; CINGARI, *Per una riforma della disciplina dell'eccesso di legittima difesa*, in *Arch. pen.*, 3/2018, 9 ss.

(come in tema di responsabilità medica all'art. 590-*sexies* c.p.) o, comunque, insufficienti a risolvere *una tantum* problemi di accertamento di ben altra complessità (come, da ultimo, quelli inerenti la responsabilità del datore di lavoro ai tempi del covid di cui all'art. 29*bis* del DL 23/2020 convertito in L. 40/2020) con ennesimo inevitabile rinvio a operazioni di ortopedia giuridica nelle quali, purtroppo e non certo per fortuna, occorre continuare a riporre ogni residua speranza.