

LA NUOVA LEGITTIMA DIFESA DOMICILIARE TRA *ABOLITIO CRIMINIS* E SUCCESSIONE DI LEGGI PENALI NEL TEMPO

di Giuseppe Amarelli

(Professore associato di diritto penale presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II)

SOMMARIO: 1. La riforma del 2019 al bivio tra interpretazione costituzionalmente conforme e rimessione alla Corte costituzionale. – 2. I profili intertemporali implicati dalla nuova legittima difesa domiciliare. – 3. La pacifica applicabilità all'eccesso colposo scusante della regola della retroattività 'temperata' di cui all'art. 2 co. 4 Cp – 4. I dubbi sulla disciplina valida per la nuova legittima difesa domiciliare di cui all'art. 52 Cp – 4.1. La tesi della *abolitio criminis* e della retroattività incondizionata nella prima decisione della Corte di Cassazione. – 5. Critica al presupposto di teoria generale del reato: torna in auge il conflitto tra teoria degli elementi negativi del fatto e teoria tripartita? – 6. Gli argomenti dommatici a sostegno della tesi della mera successione di leggi e della retroattività 'temperata'. – 7. I limiti di tale opzione e le altre possibili alternative a favore della retroattività incondizionata ai sensi dell'art. 2 co. 2 Cp.

1. La recente riforma della legittima difesa domiciliare, varata in maniera strabica e contraddittoria con la legge n. 26 aprile 2019, n. 36 tra l'entusiasmo politico di alcune parti di governo¹ e la ferma – quanto insolita – *promulgatio abrogans* del Presidente della Repubblica², ha iniziato ad intraprendere il fisiologico cammino di ogni

¹ Ben evidenzia tali profili E. Amodio, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma 2019, 5 ss., il quale, grazie ad una ampia indagine storica e comparata, approda alla conclusione di ritenere la scelta 'acclamata' dal legislatore italiano come una inquietante regressione del nostro diritto penale rispetto alla tradizione giuridica moderna. A suo avviso, infatti, la legge del 2019 si ispira a logiche arcaiche del diritto penale romano pre-repubblicano delle XII tavole, segnatamente al noto frammento risalente al 450 a.C. in forza del quale "si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto"; tralasciando che già a partire da un rescritto degli imperatori Diocleziano e Massimiliano del 290 a.C. si era sviluppato nel diritto romano un concetto di legittima difesa incentrato sul *moderamen inculpatae tutelae* che già abbracciava i limiti intrinseci della necessità della reazione, della attualità del pericolo e della proporzione tra offesa e reazione.

² La felice espressione è di L. Riscato, *Le interferenze tra antiggiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, in www.la legislazione penale.eu 28 giugno 2019, 18, e ben descrive la scelta del Presidente della Repubblica di non rimandare alle Camere la legge recante la riforma della legittima difesa domiciliare per una nuova deliberazione secondo quanto previsto dall'art. 74, co. 1, Cost., bensì di promulgarla una volta decorso l'intero mese indicato come termine dall'art. 73, co. 1, Cost. con una inusuale lettera di accompagnamento in cui si indica l'unica interpretazione possibile capace di renderla costituzionalmente compatibile, che altro non è che una interpretazione abrogatrice delle sue principali novità. In senso analogo, cfr. A. Morelli, *La promulgazione "abrogante" della legge sulla legittima difesa e la fiducia del Presidente*, in

disposizione giuridica suggestivamente descritto dalla celebre metafora di Gustav Radbruch. Una volta uscita dal porto dove è stata (concitatamente) concepita, e preso il largo nel mare aperto del diritto sotto la guida degli interpreti, ha cominciato progressivamente a trovare la sua effettiva dimensione e a far intravedere la sua reale portata, oggettivandosi e distaccandosi definitivamente dalla originaria *voluntas legis* dei compilatori³ tramite un inevitabile processo di transizione dalla disposizione legale astratta alla norma co-definita dalla giurisprudenza in relazione al caso concreto⁴, o, come anche si è detto, dal piano statico della *lex* a quello dinamico dello *jus*⁵.

Tutte le prime decisioni giurisprudenziali in argomento, infatti, hanno focalizzato lo sguardo sugli elementi di novità inseriti nelle originarie fattispecie codicistiche volte a regolare la legittima difesa, nel difficile tentativo di rinvenire un punto di equilibrio tra le due alternative esegetiche contrapposte che si presentavano dinanzi agli interpreti: una prima opzione “estensiva”, di taglio prevalentemente politico, che – non senza venature populiste⁶ – tende ad esaltarne la portata ampliativa degli spazi di operatività della legittima difesa domiciliare, considerando la nuova disciplina come una ragionevole proiezione sul versante penalistico del diritto alla sicurezza di ciascuno all’interno del proprio domicilio⁷ in sintonia con l’impostazione statunitense

lacostituzione.info, 28 aprile 2019.

³ Com’è noto, G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*⁴, Stuttgart 1950, 211, affrontando il tema dell’interpretazione della legge, riteneva che ogni attività giuridico-ermeneutica non fosse semplicemente un ripensamento di ciò che è stato fatto prima, bensì un completamento di un pensiero iniziato da altri. Più precisamente, con parole suggestive, osservava che “è come se una barca, quando lascia il porto, è guidata dal capitano su una rotta prestabilita nelle acque del porto, fin quando, una volta giunta nel mare aperto, prosegue il proprio percorso sotto la guida del capitano”.

⁴ Sul punto si veda M. Donini, *Disposizione e norma nell’ermeneutica penale*, in *Crim* 2010, 167 ss.; Id., *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *www.penalecontemporaneo.it* 6 giugno 2016. Da ultimo, in argomento cfr. V. Maiello, *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, in *www.sistemapenale.it* 5 marzo 2020.

⁵ Da ultimo, proprio sviluppando le precedenti riflessioni sul distinguo tra disposizione e norma, sempre M. Donini ripropone la differenza tra *lex* e *ius* nel campo del diritto penale nel saggio *lura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto*, in *www.sistemapenale.it* 20 dicembre 2019. In particolare, mette in evidenza che “dovunque vi siano leggi, devono diventare diritto perché vanno interpretate, devono inserirsi in un ordine normativo di riferimento, e obbedire a principi superiori. Il diritto, rispetto alla singola *lex*, è legge motivata e ordinamento razionale della sua collocazione in un sistema”.

⁶ Sulle deformazioni simbolico-espressive del diritto penale si rinvia *ex multis* a S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*², Napoli 1997, *passim*. Sulle tendenze populiste emerse nella legislazione penale contemporanea si veda, da ultimo, E. Amati, *Insorgenze populiste e produzione del penale*, in *www.discrimen.it* 3 giugno 2019; nonché, G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Crim* 2014, 102; D. Pulitanò, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, *ivi*, 123 ss.; nella dottrina straniera si rinvia per tutti a J. Pratt, *Penal Populism*, London e New York, 2007.

⁷ L’abuso del concetto della sicurezza quale fonte di legittimazione di forme esasperate di anticipazione della tutela penale è efficacemente evidenziato, da ultimo, da L. Riscato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino 2019. In argomento, cfr. D. Pulitanò, *Sicurezza e diritto penale*, in *RIDPP* 2009, 556 ss.; A. Cavaliere, *Può la ‘sicurezza’ costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *In dubio*

del problema secondo il c.d. *stand your ground principle*⁸; una seconda possibilità “riduttiva” – di impronta più strettamente giuridica e di ispirazione democratico-garantista – che propende, al contrario, per sminuirne il ruolo, reputando ogni interpretazione “filologica” e “letterale” della riforma incompatibile con il sovraordinato diritto alla vita della persona⁹.

Così, subito dopo l’entrata in vigore della legge del 2019, l’attenzione della scienza penalistica è stata comprensibilmente polarizzata dai molteplici dubbi di fondo relativi alla legittimità costituzionale tanto dell’interpolazione del comma 2 dell’art. 52 Cp, caratterizzata dall’aggiunta dell’avverbio temporale “*sempre*”, quanto della previsione nel comma 3 dello stesso articolo di una nuova ipotesi speciale di legittima difesa domiciliare per le ipotesi di violazione di domicilio aggravata dalla violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica¹⁰, tanto, infine, dell’inserimento nel nuovo art. 55 co. 2 Cp di una scusante per i casi di eccesso colposo nella difesa domiciliare dovuti a grave turbamento o minorata difesa¹¹, discutendosi accesamente se simili novità fossero o meno in sintonia con il principio dell’inviolabilità del diritto alla vita enunciato dall’art. 2 Cost. e ribadito, ancor più saldamente, dall’art. 2 co. 2 lett. a Cedu e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo che contribuisce a precisarne il significato¹².

pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, a cura di W. Hassemer, E. Kempf, S. Moccia, Monaco 2009, 111 ss.

⁸ Il modello statunitense di disciplina della legittima difesa domiciliare, così come i suoi principi informativi, sono ben ricostruiti da F. Consulich, *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, in *www.sistemapenale.it* 21 novembre 2019, 7 ss. Com’è noto, nei sistemi anglosassoni d’oltreoceano si ritiene che la *defense of habitation* non risponda al principio del *duty to retreat* a cui si informa invece la *self defense*, vale a dire al dovere di sottrarsi all’aggressione fuggendo, bensì a quello opposto dello *stand your ground*, al dovere, cioè, di difendere la propria posizione ed il proprio domicilio anche con la forza. Ciò comporta che in oltre trenta Stati siano oggi scriminati i delitti commessi all’interno della propria dimora, essendo consentito in questi casi all’agredito di rimanere ‘con i piedi ben piantati al suolo’ e di affrontare il pericolo, senza dover attendere di essere ‘messo all’angolo’ dall’intruso. Anche il *Model penal Code* del 1962 prevede che i cittadini non abbiano il dovere di sottrarsi al pericolo, obbedendo all’imperativo del *duty to retreat*, «*if they are faced with a deadly assault in their home and did not provoke or initiate that assault*»

⁹ Per una ricognizione dei formanti della riforma della disciplina italiana della c.d. *defense of habitation*, con particolare attenzione alle teorie di origine anglosassone della *Castle doctrine* e dello *Stand your ground*, nonché per delle riserve circa la sua compatibilità con i principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico, si veda F. Consulich, *La legittima difesa tra ascesa della forza privata e declino del potere pubblico*, in *www.discrimen.it* 11.11.2019, 8 ss.

¹⁰ Ben compendia la dicotomia che si presenta dinanzi all’interprete tra un’ermeneutica ortopedica praticata dalla giurisprudenza anche di legittimità e la remissione della questione al giudizio accentrato della Corte costituzionale L. Riscato, *Le interferenze tra antigiuridicità*, cit., 8.

¹¹ Sulla nuova disciplina dell’eccesso colposo scusante si veda M. Perrone, *L’errore nella legittima difesa: dal criterio del ‘difensore modello’ al giudizio ‘ad personam’?*, in *www.la legislazione penale.eu* 2 settembre 2019, 17 ss.; G. Solinas, *L’eccesso colposo nella legittima difesa domiciliare. Il nuovo art. 55, co. 2, Cp*, in *www.discrimen.it* 5.7.2019.

¹² Il ruolo ricoperto dalla giurisprudenza di Strasburgo nella individuazione dei ridottissimi margini entro i quali

Nel settore delle cause di giustificazione più che in ogni altro ramo del diritto penale, invero, è forse necessario soppesare con estrema cautela ogni eventuale opzione politico-criminale di segno espansivo tesa a ritagliare spazi di liceità a fatti costituenti reato, potendo questa incidere non solo sulla specifica area del penalmente rilevante, riducendola in modo più o meno ragionevole, ma anche, molto più in profondità, sulla gerarchia dei valori meritevoli di tutela in un dato contesto giuridico-istituzionale, sovvertendola¹³.

La recente storia europea, con l'ancora attuale e tragico esempio dell'art. 27 del *Grenzgesetz* del 1982 varata nella ex DDR per regolare le attività di sorveglianza del Muro di Berlino¹⁴, ha infatti dimostrato una volta di più come la configurazione in termini illiberali di una scriminante – soprattutto se relativa all'utilizzo della violenza o delle armi da parte di chi agisce, in teoria, per tutelare gli interessi prevalenti della comunità – possa andare a stravolgere dall'interno le fondamenta dell'ordinamento giuridico e le garanzie minime da questo apprestate ai diritti del cittadino, pur lasciando all'apparenza invariato il piano delle scelte di criminalizzazione¹⁵. Tramite questa, infatti, si ribalta il giudizio di bilanciamento che nei sistemi democratici colloca il bene giuridico vita in una posizione gerarchicamente prevalente rispetto agli

la soppressione della vita umana può essere giustificata, sebbene con particolare riguardo ai casi di uso della forza pubblica piuttosto che di autotutela privata del singolo cittadino, è ben descritto da A. Gargani, *Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali: il problematico confronto con l'art. 2 CEDU*, in www.la legislazione penale.eu 15.2.2019.

¹³ Sul punto si vedano analoghe considerazioni di F. Consulich, *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, cit., 2.

¹⁴ Com'è noto, durante il regime socialista la legge sul confine di Stato del 1982 (*das Grenzgesetz*), all'art. 27, rubricato *Impiego di armi da fuoco*, ne aveva giustificato da parte delle guardie di confine nei confronti di coloro i quali, eludendo la sorveglianza, erano sorpresi nel tentativo di oltrepassare il muro di Berlino per scappare dalla Germania Est alla Germania Ovest, legittimando implicitamente l'omicidio anche di persone inermi e di spalle. Successivamente, i tribunali tedeschi, facendo uso della formula di Radbruch sulla inapplicabilità del 'diritto intollerabilmente ingiusto' già impiegata da una parte della giurisprudenza teutonica nel secondo dopo guerra per superare gli orrori dei crimini nazisti tramite il diritto, sono in taluni casi pervenuti alla condanna degli autori e dei mandanti di tali delitti, ritenendo nullo il comando legale recato dal suddetto art. 27, sebbene positivizzato e regolarmente vigente al momento della commissione dei fatti, in quanto contrastante con i parametri di giustizia, civiltà e umanità generalmente riconosciuti a livello ultra-normativo. È appena il caso di ricordare che proprio la memoria storica di questa drammatica tensione registratasi con la fine del regime nazista tra diritto positivo e istanze neo-giusnaturaliste è stata alla base della previsione nell'art. 7, § 2, Cedu di un temperamento al principio generale ed altrimenti inderogabile di irretroattività ivi enunciato al precedente § 1, portando la Carta di Strasburgo a statuire che tale principio "non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili". Sul punto il rinvio è d'obbligo allo straordinario lavoro di G. Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano 2001, spec. 88 ss.

¹⁵ Evidenza chiaramente tali ricadute critiche delle riforme legislative tese ad inserire nuove cause di giustificazione o ad ampliare la portata di ipotesi preesistenti, F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino 2018, 316 ss.

altri interessi, anche o forse soprattutto di natura pubblico-statuale, ammettendone il sacrificio solo in casi estremi ed assolutamente residuali. Inoltre, nel caso specifico della legittima difesa, si introduce anche una deroga ad un altro principio cardine di una democrazia contemporanea, quello del monopolio dell'uso della forza da parte dello Stato e della esclusione di ogni forma di autotutela dell'agredito¹⁶.

Senza entrare approfonditamente nel merito di tale questione che da sempre affascia una delle 'costanti' storiche del diritto penale¹⁷ qual è la legittima difesa¹⁸, giova in questa sede rilevare che, sebbene 'a prima lettura' sia parsa prevalere una interpretazione costituzionalmente conforme delle recenti novità¹⁹, tesa ad allineare entrambi i commi dell'art. 52 Cp oggetto di modifiche, così come il nuovo art. 55 co. 2 Cp, ai principi fondamentali del nostro sistema penale scanditi nella Costituzione e nella Carta EDU che ne integra i contenuti ex art. 117 Cost.²⁰, evitando di riconoscere all'agredito un assurdo e sproporzionato diritto di 'legittima offesa' domiciliare²¹, non sono mancate delle fondate riserve sulla plausibilità di una simile soluzione meramente ermeneutica del problema, sembrando più opportuno, al contrario, un intervento risolutivo della Consulta²².

¹⁶ I delicati equilibri che rischia di scardinare una riforma della legittima difesa come quella varata dal legislatore sono descritti da F. Consulich, *La legittima difesa tra ascesa della forza privata e declino del potere pubblico*, cit., 5.

¹⁷ Il distinguo tra costanti e variabili del diritto penale è tratteggiato da F. Mantovani, *Il problema della criminalità*, Padova 1984, 55; nonché, Id., *Diritto penale. Delitti contro la persona*, Padova 1995, 40.

¹⁸ Sottolineano come la legittima difesa rappresenti un elemento immanente di tutti gli ordinamenti giuridici anche più risalenti, una «figura che non ha storia» e «fuori dal tempo», T. Padovani, *Difesa legittima*, in *DigDPen*, III, Torino 1991, 498; C. Pecorella, *Cause di giustificazione, circostanze attenuanti e aggravanti dalla glossa alla cosiddetta riforma del diritto penale*, ora in Id., *Studi e ricerche di storia del diritto*, Torino 1995, 56; F. Colao, *Paura e legittima difesa. Questioni di «moderame» tra Otto e Novecento*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia* 2019, 129 ss.

¹⁹ Emblematica di tale tendenza ermeneutica è Cass. 2.10.2019 n. 40414, in cui è stato affermato che «la legittima difesa domiciliare presunta richiede che l'intrusione nell'altrui domicilio avvenga con violenza o minaccia affinché l'azione lesiva posta in essere da chi reagisce risulti presuntivamente scriminata. Detta presunzione, tuttavia, non è da ritenersi assoluta ma relativa», in <http://www.quotidianogiuridico.it/documents/2019/10/18/dalla-difesa-sempre-legittima-della-norma-alla-presunzione-relativa-della-giurisprudenza>. In senso analogo sembra orientarsi anche Cass. 28.5.2019 n. 28782, Dattoli.

²⁰ La correzione ermeneutica delle nuove disposizioni è stata proposta da G.L. 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, § 3; R. Bartoli, *Verso una 'legittima offesa'?*, ivi 14.1.2019, 19.

²¹ Segnalano il rischio di un simile stravolgimento della funzione e della fisionomia dell'istituto della legittima difesa R. Bartoli, *Verso una 'legittima offesa'?*, cit., 12; L. Risicato, *Le interferenze tra antiggiuridicità, colpevolezza e punibilità*, cit., 9.

²² Implicitamente, sembra avanzare dubbi simili F.C. Palazzo, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *DPP* 2019, 9 s., nella parte in cui afferma come la sostanziale eliminazione nella nuova ipotesi di legittima difesa domiciliare della necessità difensiva, in uno con la proporzione, sia difficilmente compatibile con i principi del

Come ha chiarito di recente ed in più occasioni la stessa Corte costituzionale, anche nella relazione annuale del 2019 del suo Presidente ²³, l'obbligo dell'interpretazione costituzionalmente conforme che grava sul giudice ordinario e che dopo la sentenza n. 443/1994 della Consulta rappresenta una condizione implicita di ammissibilità di ogni questione di legittimità costituzionale²⁴, presuppone pur sempre la preesistenza nel testo normativo di un dato letterale che, senza stravolgimenti, possa essere riletto in linea con le disposizioni della Carta fondamentale, aspetto questo che difetterebbe nella situazione in questione.

A ben vedere, infatti, tanto l'avverbio 'sempre' inserito nel comma 2, quanto la nuova alinea del comma 4 sulla legittima difesa domiciliare, non sembrano prestarsi ad alcuna curvatura ermeneutica costituzionalmente orientata, risultando altresì in aperto ed irriducibile contrasto con le disposizioni della Costituzione di cui agli artt. 2 e 117 Cost.: sia nel primo che nel secondo caso, le alternative esegetiche capaci di condurre ad un simile esito sarebbero rappresentate da assurde opzioni di segno abrogativo, teoricamente precluse dal criterio apagogico o dell'*interpretatio ab absurdum* che impedisce all'interprete di conferire ad un segno linguistico normativo un significato che ne renda impossibile la effettiva applicazione e che porti a considerarlo *tamquam non esset*²⁵.

Ragione per cui, la soluzione sulla carta preferibile per dirimere la controversia sulla entità della riforma e sulla sua *vis* innovativa, sia da un punto di vista politico-

nostro ordinamento. Prima della entrata in vigore avevano espresso riserve sulla legittimità costituzionale della riforma G. Insolera, *Dalla legittima difesa all'offesa legittimata? Ragioni a confronto sulle proposte di modifica dell'art. 52 CP*, in *QuestG* 28.1.2019; D. Pulitanò, *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, in *www.penalecontemporaneo.it* 21.5.2019, 205 ss.

²³ Si veda in proposito la *Relazione 2019 del Presidente della Corte costituzionale*, in *www.penalecontemporaneo.it* 27 marzo 2019, con commento di C. Cupelli, in cui è stato espressamente affermato che all'attività ermeneutica dei giudici ordinari è affidato l'importante compito di contenimento del contenzioso costituzionale, anche se «non può spingersi oltre il confine che gli è connaturato, neppure quando ciò accade al fine di orientare l'ordinamento verso i principi costituzionali, perché, di fronte a un insuperabile ostacolo che viene dalla lettera della legge, ovvero dal contesto logico-giuridico nel quale essa si inserisce, compete solo alla Corte intervenire».

²⁴ In argomento cfr. per tutti M. Luciani, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, in *ED*, Annali IX, 2015, 391 ss.; D. Pulitanò, *Diritto penale e tecniche interpretative: l'interpretazione conforme a costituzione e il ruolo 'creativo' del giudice*, in *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, a cura di I. Pellizzone, Torino 2017, 65 ss.

²⁵ L'argomento apagogico, o *ab absurdo*, consente di escludere una possibile interpretazione dell'enunciato normativo quando questa dia luogo ad una disposizione 'assurda' che la priverebbe di senso e di spazi applicativi. L'apagoge, infatti, è un metodo di ragionamento di tipo sillogistico, tramite il quale si assevera la verità di una tesi dimostrando la falsità delle conseguenze che scaturirebbero dalla condivisione della tesi contraria. Nell'ermeneutica giuridica può, quindi, essere impiegato per sostenere la correttezza di una data soluzione interpretativa, attraverso la sottolineatura dell'assurdità cui condurrebbe la soluzione contrapposta. In argomento cfr. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, 369 ss.; Id., *Argomenti interpretativi*, in *DigDPriv*, I, Torino 1987, 419 ss.

istituzionale dei rapporti tra poteri dello Stato, che da un punto di vista strettamente penalistico degli effetti correlati, parrebbe essere quella della remissione alla Consulta del sindacato di legittimità²⁶.

Sotto il primo versante, tale alternativa risulta decisamente più in sintonia con il modello italiano di controllo accentratore di legittimità costituzionale che affida in via esclusiva alla Corte costituzionale la soluzione dei contrasti irrisolvibili tra disposizioni ordinarie di legge e principi della Carta fondamentale, anche quando questi abbiano ad oggetto norme recanti una disciplina *in bonam partem* per il reo, non esistendo preclusioni al sindacato della Consulta rispetto a norme favorevoli per il reo²⁷.

Dopo aver già rivendicato la possibilità di esercitare un vaglio anche sulle disposizioni la cui declaratoria di illegittimità possa produrre esiti *contra reum* nella nota pronuncia sui falsi elettorali n. 394/2006 con cui è stata introdotta la distinzione tra norme penali favorevoli non sindacabili e norme penali di favore sindacabili, da ultimo, la stessa Corte costituzionale ha nuovamente ribadito in una recente decisione del 2019 che non possono esistere in ambito penale zone franche dal controllo di legittimità costituzionale e, quindi, che lo scrutinio di conformità alla norma fondamentale debba essere esercitato anche in relazione a disposizioni legislative recanti una disciplina favorevole per il reo la cui caducazione possa produrre effetti indiretti di espansione dell'area del penalmente rilevante. Una simile alternativa sembra, infatti, implicitamente imposta dalla recentissima sentenza n. 37 del 2019 che ha annoverato tra le possibili eccezioni al principio dell'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionali volte a creare nuove norme penali o, come nel caso in esame, a estenderne *in malam partem* l'ambito applicativo a casi in precedenza non previsti dal legislatore, anche quella in cui si riscontri «la contrarietà della disposizione censurata a obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell'art. 110 dell'art. 117 co. 1 Cost.».».

Proprio la nuova legittima difesa domiciliare introdotta nel 2019 sembra invero configurare una ipotesi di questo tipo, ponendosi in contrasto con l'art. 117 co. 1 Cost. tramite il parametro interposto dell'art. 2 Cedu sul diritto alla vita.

²⁶ Da ultimo, il complesso tema del sindacato di legittimità costituzionale del diritto penale è stato indagato da V. Manes e V. Napoleoni, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di legittimità costituzionale in materia penale*, Torino 2019, *passim*.

²⁷ Sulla espansione del controllo di legittimità rispetto alle norme favorevoli si veda G. Marinucci, *Il controllo di legittimità delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le "zone franche"*, in *GCos* 2006, 4160; M. Gambardella, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, in *CP* 2007, 467 ss.; 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 www.penalecontemporaneo.it 3 febbraio 2014, 242 ss.; L. Romano, *Sindacato sulle norme penali di favore*, in *Libro dell'anno del diritto* 2015, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/sindacato-sulle-norme-penali-di-favore_\(Il-Libro-dell'anno-del-Diritto\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/sindacato-sulle-norme-penali-di-favore_(Il-Libro-dell'anno-del-Diritto)).

Senza trascurare che la Consulta con la sentenza n. 32/2020 con cui ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis Op, così come modificato dalla l. 9.1.2019, n. 3, c.d. "spazzacorrotti", ha riconosciuto la possibilità di sindacare anche le mere interpretazioni illegittime fornite dal diritto vivente di norme penali, aprendo implicitamente le porte anche ad una possibile declaratoria di illegittimità anche della interpretazione estensiva della riforma della legittima difesa domiciliare in esame.

Sotto il secondo aspetto, quello più strettamente penalistico, il rinvio alla Corte costituzionale garantisce un dato fondamentale per la certezza del diritto e la prevedibilità delle statuizioni giudiziarie in ambito penale, soprattutto in presenza di disposizioni potenzialmente passibili di interpretazioni difformi: l'efficacia *erga omnes* ed incontrovertibile della decisione adottata che, invece, mai può possedere una pronuncia della giurisprudenza ordinaria, neanche di legittimità, sempre passibile di un successivo *overruling*²⁸. A differenza di quest'ultima, infatti, che opera una riduzione *de facto* degli spazi di azione di una fattispecie incriminatrice lasciandone intatta la dimensione normativa, una declaratoria di illegittimità costituzionale incide sulla sua struttura testuale rideterminandone i perimetri *de iure*.

Va rilevato in subordine, per ragioni di completezza, che l'altra alternativa eventualmente percorribile per evitare di esporre la materia a pericolose e disorientanti oscillazioni giurisprudenziali difficilmente compatibili con il principio di prevedibilità del diritto penale di matrice convenzionale²⁹, potrebbe essere quella della

²⁸ Contro la possibilità di risolvere eventuali problemi di incompatibilità convenzionale e, quindi, di riflesso costituzionale ai sensi dell'art. 117 co. Cost. si è di recente espressa la Corte costituzionale in risposta ad una parte della giurisprudenza di legittimità che si era orientata, di fatto, diversamente. Sia la sentenza n. 25/2019, con cui è stata dichiarata la parziale illegittimità costituzionale del delitto di violazione delle prescrizioni delle misure di prevenzione personali di cui all'art. 75 d.lgs. 6.9.2011, n. 159 nella parte in cui si riferisce anche al "vivere onestamente e rispettare le leggi", che la sentenza di poco successiva n. 99/2019, con cui è stata dichiarata la illegittimità costituzionale dell'art. 47-ter co. 1-ter Op nella parte in cui non prevede che, nell'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, così come in quelle disciplinate di grave malattia fisica, il tribunale di sorveglianza possa disporre l'applicazione al condannato della detenzione domiciliare anche in deroga ai limiti di cui al comma 1 del medesimo art. 47-ter, hanno ritenuto che eventuali incompatibilità testuali manifeste tra norme penali e Costituzione non possano mai essere appianate in via ermeneutica dalla giurisprudenza, neanche di legittimità a Sezioni unite, come invece era accaduto nel primo caso, quello delle misure di prevenzione, con la sentenza delle Sezioni unite 2017 Paternò, ma devono essere sempre devolute alla Corte costituzionale in ragione della sua competenza esclusiva in materia di legittimità delle leggi. In argomento, cfr. V. Maiello, *La violazione degli obblighi di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi" tra abolito giurisprudenziale e giustizia costituzionale: la vicenda Paternò*, in *DPP* 2018, 777 ss.; nonché, sia consentito, il nostro G. Amarelli, *Ulteriormente ridotta la tipicità del delitto di violazione degli obblighi inerenti alla misura di prevenzione: per la Cassazione anche il divieto di partecipare a pubbliche riunioni contrasta con il principio di determinatezza*, in www.penalecontemporaneo.it 18 luglio 2019. In argomento, cfr. anche V. Manes, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in www.penalecontemporaneo.it 17 gennaio 2018.

²⁹ Per approfondimenti sulla portata di tale principio e sulla sua incidenza nel sistema penale si veda per tutti F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, in *La crisi della legalità nel "sistema vivente" delle fonti penali*, a cura di C.E. Paliero, S. Moccia, G.A. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, L.

richiesta di intervento pregiudiziale delle Sezioni unite da parte di una Sezione semplice della Suprema Corte, intravedendosi sin da subito nella riforma i presupposti per possibili, futuri, contrasti interpretativi particolarmente rilevanti.

Laddove infatti vi fosse un pronunciamento sul punto del massimo organo nomofilattico nella sua più autorevole composizione, grazie al nuovo disposto dell'art. 618, co. 1-bis Cpp, introdotto con la riforma Orlando del 2017, il principio di diritto da questo espresso acquisirebbe una 'stabilità' decisamente superiore rispetto ad ogni altro arresto giurisprudenziale anche di legittimità, potendo essere "disatteso" successivamente solo tramite un'altra decisione di segno contrario delle stesse Sezioni unite³⁰.

2. Proprio la netta preponderanza assunta da tale relevantissima e complessa questione ha lasciato in secondo piano un altro profilo implicato dalla riforma che, invece, ha notevole rilevanza pratica e, come si vedrà, dommatica, su cui si proverà ad appuntare l'attenzione nelle pagine che seguono.

Come ogni novella legislativa diretta ad incidere su istituti di diritto penale sostanziale preesistenti, anche quella del 2019 in materia di legittima difesa domiciliare ha sollevato, e probabilmente continuerà a sollevare nell'immediato futuro, problemi sul fronte del diritto intertemporale, chiamando la giurisprudenza e la dottrina a chiarire se sia applicabile retroattivamente ai fatti pregressi incondizionatamente, oppure con delle limitazioni³¹.

Risicato, Napoli 2016, 237 ss.

³⁰ Su tale importante modifica del diritto processuale penale che, in realtà, ha prodotto riflessi di sistema molto più rilevanti, andando a riscrivere indirettamente sul terreno del diritto penale sostanziale il piano dei rapporti tra legge penale e giudice, si veda G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto*, in www.penalecontemporaneo.it 29 gennaio 2018; G. De Amicis, *La formulazione del principio di diritto e i rapporti tra Sezioni semplici e Sezioni unite penali della Corte di cassazione*, ivi 4 febbraio 2019; nonché, volendo, il nostro G. Amarelli, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *RIDPP* 2018, 1439.

³¹ Com'è noto, problemi analoghi sono stati posti di recente dalla introduzione con il d.lgs. 16.3.2015, n. 28 di una nuova causa di non punibilità comune come quella della particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-bis Cp, discutendosi se e come questa potesse o meno trovare applicazione nell'ambito dei procedimenti penali già in corso per l'accertamento di fatti commessi prima della sua entrata in vigore. Nonostante taluno non avesse escluso la possibilità di considerarla una vera e propria forma di abrogazione, ritenendo di poter procedere ad una revoca del giudicato ai sensi dell'art. 673 Cpp delle sentenze di condanna relative a fatti rivelatisi di particolare tenuità (cfr. *Prime linee guida per l'applicazione del decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28*, emanate dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lanciano, in www.penalecontemporaneo.it 1 aprile 2015, 24), è prevalsa la tesi contraria. Si è infatti convenuto che essa non potesse travolgere il giudicato, non integrando un'ipotesi di *abolitio criminis cum abrogatione* disciplinata dall'art. 2 co. 2 Cp, ma solo un fenomeno successorio. Più precisamente, si è affermato che con l'introduzione della causa di non punibilità in senso stretto della particolare tenuità non si è assistito ad una abrogazione operata a livello generale ed astratto delle classi di fatti riconducibili a talune preesistenti fattispecie incriminatrici, bensì al venire meno dell'opportunità di punire specifici comportamenti in esse sussumibili in ragione delle loro peculiari modalità realizzative. In tal senso cfr. A. Gullo, sub art. 131-bis, in *Codice penale commentato*, fondato da E. Dolcini, G. Marinucci, diretto da E. Dolcini,

Naturalmente, trattandosi di interventi riformistici aventi ad oggetto norme di diritto penale sostanziale e tesi ad estendere le maglie della scriminante della legittima difesa domiciliare (direttamente, tramite le modifiche all'art. 52 Cp, o indirettamente, attraverso l'aggiunta all'art. 55 Cp) ed a produrre, quindi, effetti favorevoli per il reo autore di un fatto penalmente rilevante, non si tratta di discernere – come, invece, più frequentemente è accaduto negli ultimi anni in occasione di tante altre riforme *in peius* che hanno caratterizzato la legislazione penale, come, ad esempio, quelle relative alle diverse ipotesi di confisca introdotte nei più disparati settori della parte speciale e della legislazione complementare – se questi debbano sottostare alla garanzia della irretroattività ispirata alla logica del *favor rei*, oppure, al contrario, debbano seguire la regola opposta del *tempus regit actum*, essendo scontato che i *nova* legislativi siano sottoposti al diverso principio della retroattività della *lex mitior*³².

I dubbi si addensano, piuttosto, su un altro profilo meno appariscente, ma pur sempre significativo e pregno di conseguenze concrete sul versante penalistico: si tratta, difatti, di capire se le modifiche *in bonam partem* apportate alla disciplina della legittima difesa domiciliare abbiano dato vita ad una vera e propria *abolitio criminis*, riducendo cioè l'area del penalmente rilevante, e, dunque, debbano sottostare tutte sul piano del diritto intertemporale alla regola più favorevole e piena dell'art. 2 co. 2 Cp, che implica, com'è noto, anche la possibilità del travolgimento del giudicato penale e dei suoi effetti laddove già sia intervenuta sentenza definitiva di condanna. Oppure se, al contrario, configurano un semplice fenomeno di successione di leggi penali nel tempo e debbano rispondere, quindi, alla più mite regola di cui all'art. 2 co. 4 Cp, potendo produrre i loro effetti *in mitius* unicamente nei giudizi penali ancora pendenti e non conclusi in via definitiva con una decisione passata in giudicato.

3. Data la struttura articolata della riforma in esame, con cui si è inciso in termini estensivi, tra le altre cose, tanto sul testo della causa di giustificazione della legittima difesa domiciliare di cui all'art. 52 Cp, quanto su quello dell'eccesso colposo di cui

G.L. Gatta, I, Milano 2015, 1959; G.L. Gatta, *Note a margine di una prima sentenza della Cassazione in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in www.penalecontemporaneo.it 22 aprile 2015, 3; nonché in giurisprudenza, seppur meno esplicitamente, Cass. S.U. 25.2.2016 n. 13681, Tushaj, in *DPP* 2016, 894 ss., con nota di G. Amarelli, *Le Sezioni Unite estendono l'ambito di operatività dell'art. 131-bis c.p. ai reati con soglie di punibilità*, *ivi*, 782 ss. e Cass. S.U. 25.2.2016 n. 13682, Coccimiglio, in *GI* 2016, 1730 ss.; nonché, Cass., 15.4.2015 n. 15449.

³² Sul principio di retroattività della legge penale più favorevole si veda per tutti, anche per rinvii bibliografici, M. Gambardella, *Legge penale nel tempo*, in *ED*, Aggiornamento, VII, 2014, 650; F. Viganò, *Retroattività della legge penale più favorevole*, in *Libro dell'anno del diritto 2014*, in http://www.treccani.it/enciclopedia/retroattivita-della-legge-penale-piu-favorevole_%28Il-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/. Per una analisi specifica della retroattività delle cause di giustificazione si veda V. Valentini, *Cause di giustificazione e abolitio criminis*, in *RIDPP* 2009, 1326 ss.

all'art. 55 co. 2 Cp, alla domanda deve essere fornita una risposta differenziata per ciascuna delle distinte novità legislative introdotte.

Tuttavia, per ragioni di semplicità espositiva, occorre invertire l'ordine della trattazione dei quesiti rispetto alla sistematica codicistica, prendendo le mosse prioritariamente dal secondo in quanto, come si vedrà, non controverso.

Ed invero, in ordine alla nuova figura dell'eccesso colposo domiciliare scusante di cui all'art. 55 co. 2 Cp – con cui è stato previsto che l'autore di un reato commesso in presenza di una violazione di domicilio aggravata non sia punibile se lo ha realizzato per la salvaguardia della propria o altrui incolumità agendo nelle condizioni di minorata difesa, ovvero in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo – non paiono esserci incertezze riguardo alla regola da applicare in chiave diacronica ai fatti commessi precedentemente alla sua entrata in vigore, pur in assenza di una esplicita disciplina transitoria.

Come è stato correttamente rilevato dalla dottrina sin dai primi commenti, la nuova sotto-tipologia di “eccesso colposo incolpevole” rappresenta una causa di esclusione della colpevolezza, dal momento che il fondamento politico-criminale della non punibilità in tale ipotesi poggia su una valutazione di non rimproverabilità in concreto del reo dovuta a ragioni di carattere individuale e soggettivo³³.

Da tale preliminare chiarimento di ordine dottrinario discende che la disciplina intertemporale per essa valida è inequivocabilmente quella enunciata nell'art. 2 co. 4 Cp in materia di successioni di leggi penali nel tempo.

Ed infatti, non incidendo questa ipotesi di esclusione del reato sul fatto tipico generale ed astratto, bensì unicamente sul profilo soggettivo della sua rimproverabilità in concreto al reo e della inesigibilità individuale del rispetto della norma incriminatrice violata, rappresenta un fattore modificativo *in mitius* della disciplina pregressa capace di incidere retroattivamente solo su quei fatti ancora oggetto di accertamento processuale; non può, però, in alcun modo incidere su quelli già decisi con sentenza di condanna definitiva, scardinando il giudicato che resta, invece, intangibile, dal momento che non ritaglia spazi di liceità nuovi a livello generale ed astratto.

³³ L. Risicato, *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità*, cit., 10; G.L. Gatta, *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento*, cit., § 5.3; F. Consulich, *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 Cp*, in www.giurisprudenzapenale.com 5.5.2019, 9; F. Bacco *Il “grave turbamento” nella legittima difesa. Una prima lettura*, in www.penalecontemporaneo.it 7.5.2019. Già in precedenza aveva segnalato la possibile transizione della legittima difesa domiciliare “emotiva” dal terreno delle cause di giustificazione a quello delle scusanti D. Notaro, *La legittima difesa domiciliare: una “scriminante” sensibile ad istanze scusanti?* in *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, a cura di G.A. De Francesco, E. Marzaduri, Torino 2016, 159 ss.

Anche laddove, quindi, si possa eventualmente sostenere che in un caso già risolto da una sentenza definitiva di condanna la condotta del reo fosse stata determinata da uno stato di grave turbamento dovuto alla situazione di pericolo implicata dalla violazione di domicilio non potrà mai essere proposto un incidente di esecuzione *ex art. 673 Cpp* per chiedere l'applicazione della nuova ipotesi di cui all'*art. 55 co. 2 Cp* al giudice dell'esecuzione con la conseguente revoca della sentenza di condanna e la dichiarazione che il fatto non è previsto dalla legge come reato.

L'eccesso colposo domiciliare scusante può, infatti, dispiegare retroattivamente i suoi effetti favorevoli al reo unicamente nei giudizi ancora in corso, imponendo la valutazione in concreto della esistenza delle due condizioni da esso oggi espressamente tipizzate come fattori che escludono la colpevolezza.

Questo orientamento ha ricevuto anche l'importante ed univoco avallo della Corte di Cassazione in alcune recentissime decisioni.

La S.C. si è infatti premurata di chiarire che la disposizione in parola integra una causa di esclusione della colpevolezza e non, invece, una "ulteriore scriminante, che si aggiunge a quelle previste dagli *artt. 50 ss. Cp*. Queste ultime sono situazioni oggettive di esclusione dell'antigiuridicità del fatto che, se sussistenti, si applicano a favore dell'agente a prescindere dalla consapevolezza che il medesimo ne abbia (*art. 59 co. 1 Cp*) e che, laddove erroneamente repute esistenti, sono parimenti valutate in suo favore, salva, in caso di colpevole errore, la responsabilità laddove il fatto sia previsto come delitto colposo (*art. 59 co. 4 Cp*). Si tratta, invece, di una situazione che, inserendosi nell'ambito di applicazione di una scriminante esistente, esclude la soggettiva imputabilità all'agente di condotte antigiuridiche colpose rispetto alle quali sia già accertata la violazione di una regola cautelare³⁴.

Anche per la giurisprudenza, dunque, solo se non si è già cristallizzato il giudicato di condanna è possibile procedere anche nel corso del giudizio di legittimità all'annullamento con rinvio di una precedente decisione sfavorevole per il reo per la rivalutazione della sussistenza di un grave turbamento o di una minorata difesa scusanti, qualora questa non sia stata già precedentemente effettuata negli altri gradi di giudizio.

4. Come si comprende da questa preliminare *actio finium regundorum*, la questione poc'anzi descritta assume allora consistenza solo ed esclusivamente in ordine alle modifiche apportate alla disciplina testuale della causa di giustificazione della legittima difesa domiciliare di cui all'*art. 52 Cp*, soprattutto quelle del comma 4, tenendo conto del fatto che per quelle del comma 2 sembra essere stata accolta l'interpretazione abrogatrice proposta da una parte della dottrina.

³⁴ Cass. 10.10.2019 n. 49883, Capozzo in *CED CP 2020*.

È in ordine a tali novità legislative che risulta non agevole l'individuazione della loro natura giuridica e della corrispondente disciplina intertemporale applicabile, essendo poco chiaro se si tratti di modifiche normative ascrivibili nella categoria più favorevole dell'*abolitio criminis*, oppure in quella differente della mera *mutatio criminis* e, quindi, conseguentemente, se si debba applicare ai fatti pregressi alla loro entrata in vigore la regola piena dell'art. 2 co. 2 Cp, oppure quella temperata dell'art. 2 co. 4 Cp.

Ad avviso della prima decisione della Corte di Cassazione che si è confrontata espressamente con tale quesito, la nuova ipotesi scriminante di cui all'art. 52 co. 4 Cp, incidendo in termini riduttivi sull'area dei fatti penalmente rilevanti, integrerebbe una vera e propria *abolitio criminis* governata dalla regola di cui all'articolo 2 co. 2 Cp della efficacia retroattiva più ampia includente anche la travolgibilità del giudicato.

Più precisamente, la Prima Sezione della Suprema Corte, in una pronuncia relativa ad un caso in cui si trattava di valutare l'applicazione della nuova legittima difesa domiciliare ex art. 52 co. 4 Cp rispetto ad una vicenda già oggetto di deliberazione da parte della Cassazione ma non ancora conclusasi perché in attesa del deposito delle motivazioni, dopo aver escluso tale eventualità a causa della mancanza nella situazione scrutinata degli elementi costitutivi della nuova disciplina, ha ugualmente inteso fornire risposta al quesito in termini affermativi.

In questa decisione è stato, difatti, affermato che le modificazioni apportate dalla legge n. 36/2019 entrata in vigore il 18 maggio 2019 nella parte in cui «hanno ampliato l'area della causa di giustificazione della legittima difesa, restringendo quella della fattispecie incriminatrice a cui la stessa in concreto si contrappone, sono da ritenersi applicabili, ai fini penali, in favore dell'imputato dopo la sua pubblicazione».

Di più: «la tesi posta alla base di questo assunto non potrebbe non valere anche in ipotesi dell'introduzione di una nuova causa di giustificazione o di ampliamento della sfera scriminante della causa di giustificazione, in ragione dell'applicazione anche alla causa di giustificazione del disposto di cui all'art. 2, secondo comma, Cp, atteso che la relativa disciplina è applicabile – non soltanto nella ipotesi in cui un'intera figura criminosa sia eliminata dal sistema penale, quando si verifichi l'*abolitio criminis* in senso proprio, ma anche – allorché la novazione legislativa si realizzi tramite una diversa e più dettagliata descrizione del fatto di reato, ovvero tramite la previsione di una causa che conduce alla non punibilità, così da escludere l'applicabilità della norma incriminatrice in talune delle ipotesi che precedentemente rientravano nella fattispecie generale.

Pertanto, è corretto concludere che il principio di cui all'art. 2, secondo comma, Cp trova applicazione anche con riguardo alle cause scriminanti, poiché esse incidono direttamente sulla struttura essenziale del reato e sulla sua punibilità, facendone venir

meno il disvalore e, quindi, escludendo l'illiceità penale della condotta (Sez. 6, n. 38356 del 12/06/2014, Traviglia, Rv. 260282)»³⁵.

È evidente che muovendo da tali premesse, e traendo da esse le coerenti conseguenze, si potrebbe arrivare a sostenere che – laddove si ponesse concretamente il problema – la nuova legittima difesa domiciliare possa anche scardinare il giudicato, estendendo l'efficacia dei suoi effetti *in bonam partem* anche a situazioni giuridiche già definite.

Vale a dire, che per i fatti di omicidio o lesioni personali già decisi in via definitiva con una sentenza di condanna che aveva correttamente escluso la sussistenza della legittima difesa in forza della disciplina vigente al tempo della commissione del fatto potrebbe essere proposto incidente di esecuzione, onde valutare se sia possibile riscontrare i requisiti del nuovo eccesso colposo scusante e revocare *ex art. 673 Cpp* la precedente statuizione perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato.

Nell'ottica della menzionata sentenza Addis del 2019, infatti, ogni modifica estensiva del raggio di operatività di una causa di giustificazione – come quella intervenuta in materia di legittima difesa domiciliare con la riforma in esame – esprime sempre, seppure indirettamente ed in modo parziale, una ri-perimetrazione selettiva delle fattispecie incriminatrici a cui essa può trovare applicazione, e denota un mutamento della valutazione politico-criminale del legislatore circa la rilevanza penale o meno di taluni comportamenti, mutamento di carattere generale che non ammette deroghe ed impone, all'opposto, di rimuovere dal sistema ogni effetto penale connesso alle precedenti opzioni successivamente sovvertite³⁶.

Un simile ribaltamento di giudizio normativo, avendo efficacia abolitiva delle fattispecie incriminatrici ai sensi dell'art. 2 co. 2 Cp, obbliga l'autorità giudiziaria ad una riconsiderazione di tutti i casi in cui possa applicarsi la nuova disciplina in materia di legittima difesa domiciliare, anche quelli in cui si sia già formato un giudicato di condanna definitivo.

5. Prima di entrare nel merito della decisione e vagliare la eventuale condivisibilità delle conclusioni raggiunte, le si deve riconoscere un indiscusso merito nell'attuale panorama penalistico: quello di aver dimostrato – come si vedrà a breve – che la teoria generale del reato, e la dommatica ancor più in generale, lungi dall'avere

³⁵ Cass. 14.5.2019 n. 39977, Addis, *CEDCass* m. 276949.

³⁶ Prospetta tale possibilità in generale, in materia di cause di giustificazione c.d. tassative (quelle di cui agli artt. 52, 53 e 54 Cp), nonché di cause di giustificazione aperte ma integrative del tipo criminoso, V. Valentini, *Cause di giustificazione e abolitio criminis*, cit., 1335 ss. A suo avviso, infatti, «anche il mutamento di scriminanti tocca e *ri-discute* il nucleo fondamentale delle valutazioni sul lecito ed illecito, né più né meno che la manipolazione in chiave specializzante di un'incriminazione; anche dilatando fattispecie come l'art. 52 Cp, insomma, il legislatore si rende interprete della 'mutata valutazione sociale' di certi comportamenti» (spec. 1376).

una funzione meramente pedagogica, diretta ad alimentare innocue polemiche sui titoli dei manuali come si diceva un tempo³⁷, abbia invece ancora oggi un'incidenza determinante nella soluzione di casi concreti e particolarmente spinosi³⁸.

Ed infatti, in un periodo di relativismo epistemologico, in cui la riflessione scientifica, dopo aver abbandonato la nobile aspirazione a creare modelli di diritto penale prescrittivo-deontologici orientati agli scopi della pena³⁹, è sempre più spesso orientata a razionalizzare l'esistente, talvolta anche quando questo sia manifestamente inconciliabile con principi e categorie ordinanti della materia penale e sia costituito da discutibili creazioni giurisprudenziali di norme incriminatrici⁴⁰, imbattersi in una pronuncia la cui interpretazione critica muta sensibilmente a seconda del modello di reato che si assume come referente concettuale, e impone quindi preliminari prese di posizione su argomenti controversi di teoria generale del reato, è quanto mai stimolante.

È evidente, infatti, che la decisione della Corte di ritenere applicabile alla nuova legittima difesa domiciliare di cui all'art. 52 co. 3 Cp la disciplina intertemporale più favorevole di cui all'art. 2 co. 2 Cp, si fonda su una valutazione delle cause di giustificazione quali elementi negativi del fatto, alla stregua di quanto prospettato dalla moderna teoria bipartita del reato che, com'è noto, nega alla anti giuridicità la dignità di elemento costitutivo autonomo del reato, incorporandola altresì nella

³⁷ Si rinvia a tal proposito alle note controversie che hanno alimentato il dibattito teorico in seno alla scienza penalistica tedesca ed italiana per la cui ricostruzione sintetica si rinvia al bellissimo saggio di G. Marinucci, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *RIDPP* 1983, 1190, nonché in G. Marinucci, E. Dolcini, *Il diritto in trasformazione*, Milano 1985, 177 ss. che si citerà in seguito.

³⁸ Esempio recente della rilevanza concreta della teoria generale del reato nel diritto applicato è l'atto conclusivo della vicenda Cappato con cui il T. Milano – Ass., 30.1.2020, n. 8, Pres. Mannucci Pacini, Est. Mannucci-Pacini, in *www.sistemapenale.it* 6 febbraio 2020, con nota di C. Cupelli –, in seguito alla declaratoria di illegittimità costituzionale parziale dell'art. 580 Cp pronunciata dalla Consulta con la sentenza n. 242/2019, ha assolto l'imputato nel giudizio *a quo* perché il fatto non sussiste. Tale provvedimento, infatti, fa espressamente leva sul distinguo tra teoria bipartita e tripartita del reato, anche se, in realtà, con qualche imprecisione, affermando impropriamente che la sussistenza di una causa di giustificazione implicherebbe sempre, per entrambe le ricostruzioni dommatiche, l'adozione della formula di proscioglimento perché il fatto non sussiste, mentre, com'è noto, ciò sarebbe possibile solo in base alla teoria bipartita. Al contrario, muovendo dalla tripartizione, la formula di proscioglimento in caso di accertamento della sussistenza di una scriminante dovrebbe essere quella ben diversa "perché il fatto non costituisce reato", dal momento che la tipicità non è messa in discussione, essendo l'oggetto del giudizio di anti giuridicità.

³⁹ Sull'atteso ruolo della dogmatica nel recente passato si vedano per tutti le riflessioni di F. Bricola, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, in *RIDPP* 1988, 3 ss.; C. Roxin, *Politica criminale e sistema penale*, a cura di S. Moccia, Napoli 1998, *passim*.

⁴⁰ In argomento si veda la ricognizione di talune delle più controverse ipotesi di creazione giurisprudenziale di fattispecie incriminatrici operata da A. Sessa, *La fisiologica sistematicità dell'emergenza: tendenze autoritarie nel diritto giurisprudenziale contemporaneo*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, Napoli 2017, 309 ss.

tipicità e considerandola il c.d. ‘in sé’ del reato⁴¹. In particolare, ai sensi di questa concezione del reato il fatto tipico è costituito tanto da elementi indicati espressamente dalla singola norma incriminatrice che descrive il comportamento penalmente rilevante, quanto da altri elementi “esterni” contenuti in altre disposizioni per ragioni di carattere tecnico e che devono mancare perché esso si realizzi, assumendo così la veste, per l’appunto, di “elementi negativi del fatto”.

A ben vedere, seppur non esplicitato dalla sentenza menzionata, solo muovendo da questo punto di vista dommatico si approda alla conclusione di ritenere che la modifica di una scriminante comune come la legittima difesa domiciliare incida sulla materia del divieto e, quindi, ridetermini a livello generale ed astratto la portata del fatto tipico penalmente rilevante, implicando sul piano diacronico, all’esito del raffronto strutturale, una vera *abolitio criminis*, piuttosto che una mera successione di leggi penali nel tempo governata dalla meno favorevole regola di cui all’art. 2 co. 4 Cp.

Premesso allora che il principio di diritto enunciato dalla sentenza Addis è pienamente coerente con la premessa teorica di fondo della teoria bipartita, bisogna, però, segnalare che quest’ultima risulta tutt’altro che immune da riserve, essendo la dottrina contemporanea tendenzialmente orientata a sostenere una ben diversa concezione del reato tripartita o addirittura quadripartita, in cui l’antigiuridicità assume il rango di categoria indipendente da quella della tipicità⁴².

Ciò significa che la decisione sulla efficacia retroattiva del nuovo articolo 52 co. 4 Cp, rivalutata alla luce delle opzioni di teoria generale del reato oggi maggioritarie, risulta non condivisibile, sembrando più ragionevole la soluzione opposta che implica l’applicazione alla recente riforma della regola intertemporale meno favorevole contenuta nell’art. 2 co. 4 Cp.

Ed infatti, la teoria degli elementi negativi del fatto – elaborata com’è noto in Germania nella seconda metà dell’Ottocento da Merkel per sopperire all’assenza in quell’ordinamento di una disposizione in materia di errore scriminante sulle cause di giustificazione, oltre che per superare il distinguo concettuale tra illecito civile e penale ed elaborare un concetto unitario di antigiuridicità⁴³ – è stata sottoposta da una parte

⁴¹ A favore della teoria bipartita del reato si vedano per tutti F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*¹⁰, Padova 2019, 101; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*¹⁶, a cura di L. Conti, Torino 2003, 214; V. Manzini, *Trattato di diritto penale*⁵, I, Torino 1981, 610; M. Gallo, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano 1951, 18; Id., *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *StUrb XX*, Milano 1951, 124 ss.; A. Pagliaro, *Il fatto di reato*, 1960, 18 ss.; Id., *Fatto, condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato*, in *RIDPP* 1985, 634 ss.; C.F. Grosso, *L’errore sulle scriminanti*, Milano 1961, 27 ss.

⁴² G. Marinucci, *Fatto e scriminanti*, cit., 229 s.; Id., *Antigiuridicità*, in *DigDPen*, I, Torino 1987, 172; Id., *Cause di giustificazione*, ivi, 132 ss.

⁴³ A. Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*¹, Stuttgart, 1889, 35 ss. Nella dottrina italiana la genesi della teoria ed i suoi limiti sono ben ricostruiti da G. Delitala, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, Padova 1930, 26 ss.; A. Cavaliere, *L’errore sulle scriminanti nella teoria dell’illecito penale. Contributo ad una sistematica*

autorevole ed oggi prevalente della scienza penalistica italiana ad una serrata critica tesa ad evidenziare una molteplicità di argomenti teorici e giuridici ostativi al suo recepimento all'interno del nostro sistema penale e a segnalare la maggiore razionalità della teoria tripartita del reato di stampo belinghiano⁴⁴.

In primo luogo, da un punto di vista logico-razionale, si segnala come questa ricostruzione incorra in un errore metodologico, invertendo e confondendo l'oggetto della valutazione con la valutazione dell'oggetto⁴⁵.

Affermare che l'antigiuridicità sia inclusa nella tipicità e ne costituisca il primo fondamentale elemento, la sua *ratio essendi*, significa anteporre un giudizio valoriale relativo alla illiceità del comportamento del reo, prima ancora però di aver individuato l'oggetto su cui questo deve essere formulato, vale a dire la sua piena conformità al tipo criminoso delineato da una precisa norma incriminatrice.

In ogni giudizio diretto ad accertare la sussistenza di un reato si segue una scansione logica esattamente opposta: dapprima si compie uno scrutinio normativo-valutativo diretto a verificare la tipicità della condotta attribuita al reo, vale a dire la congruenza del fatto in tutti i suoi elementi con quello descritto da una specifica fattispecie incriminatrice generale ed astratta; solo successivamente, si formula un secondo tipo di giudizio di analogo taglio normativo-valutativo diretto a sondare se questo fatto già tipico e conforme ad una *figura criminis* non sia invece oggettivamente scriminato da una norma permissiva di carattere derogatorio, che lo imponga, lo facoltizzi o lo autorizzi, ovunque collocata all'interno dell'ordinamento.

In secondo luogo, la tesi in parola si espone ad altre censure di carattere più strettamente giuridico, osservandosi come, in realtà, la sua "importazione" nel sistema penale italiano definito dal codice penale del 1930 sia non solo inutile, ma anche contrastante con altre disposizioni normative preesistenti.

È inutile dal momento che il nostro codice, a differenza di quello tedesco dell'epoca in cui la teoria degli elementi negativi è stata elaborata, reca sin dall'origine una esplicita disciplina scriminante tanto per l'*error facti* quanto per l'errore sulle cause di giustificazione, dedicando l'art. 47 Cp alla prima ipotesi e l'art. 59 co. 4 Cp alla seconda: proprio l'esistenza di una simile esplicita previsione legislativa pare, invero, far venire meno le esigenze di garanzia e di *favor libertatis* da cui era scaturito il modello bipartito di Merkel, non essendo necessario operare alcun raffinato espediente dommatico per ricondurre l'errore sulle cause di giustificazione sotto

teleologica, Napoli 2000, 20 ss.

⁴⁴ E. Beling, *Die Lehre von Verbrechen*, Tübingen 1906, 7 ss. In argomento, nella dottrina italiana si veda di recente la intensa sintesi delle ragioni alla base della elaborazione del modello tripartito di reato di A. Cavaliere, *L'errore sulle scriminanti*, cit., 112 ss.

⁴⁵ Per una serrata ed analitica critica della teoria degli elementi negativi del fatto si veda C. Fiore e S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*⁴, Torino 2013, 147 ss.

l'ombrello concettuale dell'errore sul fatto per garantirne la non punibilità⁴⁶. L'esistenza di una norma *ad hoc* su tale tipologia di errore fa apparire ridondante la condivisione di una concezione di reato in cui l'elemento psicologico debba coprire non solo gli elementi positivi costitutivi del fatto tipico, ma anche quelli negativi che segnalano l'assenza di una causa di giustificazione.

È antinomica perché, ritenendo il contrario, e sposando anche nel sistema penale italiano la teoria degli elementi negativi del fatto, si rischia di assistere ad una tacita abrogazione dell'art. 59 co. 4 Cp, dal momento che a tali diverse condizioni un errore sulla causa di giustificazione finirebbe con l'essere "scriminato" ai sensi dell'art. 47 Cp, sostanziandosi in un errore sul fatto costituente reato, essendo quest'ultimo concetto composto tanto da elementi positivi (quelli che integrano il tipo criminoso descritto dalla singola norma incriminatrice), quanto da elementi negativi rappresentati dall'assenza delle cause di giustificazione che escludono l'antigiuridicità⁴⁷.

Sempre sul versante normativo il modello bipartito del reato sembra incontrare un altro ostacolo difficilmente superabile nell'art. 59 co. 1 Cp, dal momento che questa disposizione normativa enuncia la regola della rilevanza oggettiva delle cause di giustificazione e, quindi, indirettamente, quella della irrilevanza ai fini della loro applicazione dell'elemento psicologico del reo. Al contrario, invece, nel momento in cui si ritiene che queste rappresentino elementi (negativi) costitutivi del fatto tipico, si dovrebbe per coerenza ammettere che il dolo debba abbracciare anche la mancanza di ciascuna delle cause di giustificazione⁴⁸. Con l'ulteriore corollario, già evidenziato implicitamente prima, che l'errore su tali cause di non punibilità escluderebbe il dolo risultando non punibile ai sensi dell'art. 47 Cp, anziché la colpevolezza intesa in termini normativi come rimproverabilità e, quindi, fondando la non punibilità sulla diversa base dell'art. 59 co. 4 Cp.

Inoltre, collocare le cause di giustificazione nella categoria della tipicità significherebbe anche estendere ad esse i principi garantisti tipici del diritto penale sostanziale, come quello di legalità, impedendo, ad esempio, la loro applicazione analogica che, invece, da larga parte della dottrina è consentita, trattandosi di norme di favore non strettamente penali che operano *in bonam partem* e, quindi, non devono essere assoggettate alla rigorosa disciplina degli artt. 14 delle preleggi e 25 co. 2 Cost.⁴⁹.

⁴⁶ In tal senso, si veda il denso saggio di G. Marinucci, *Fatto e scriminanti*, cit., 229 ss.; Id., *Antigiuridicità*, cit., 172.

⁴⁷ Sull'incidenza della teoria degli elementi negativi del fatto sul contenuto del dolo e, quindi, sulla disciplina in materia di errore, si rinvia per una compiuta disamina anche dei riflessi critici ad A. Cavaliere, *L'errore sulle scriminanti*, cit., spec. 29 ss. e 416 ss.

⁴⁸ Mette in evidenza tale profilo M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano 2004, 308 ss. Sul punto anche G. Marinucci, *Fatto e scriminanti*, cit., 193.

⁴⁹ In argomento cfr. G. Marinucci, *Cause di giustificazione*, cit., 132 ss.; Id., *Antigiuridicità*, ivi, 182.

Ancora, secondo tale teoria si arriva all'assurdo di equiparare un fatto atipico che non corrisponde ad alcuna figura criminosa contemplata nel diritto positivo come reato ad un fatto tipico ma non antiggiuridico e, quindi, solamente scriminato, veicolando il messaggio – disorientante anche da un punto di vista special e general-preventivo e più consono a contesti autoritari piuttosto che democratici come l'odierno – in base al quale, ad esempio, l'uccisione di un uomo in presenza di legittima difesa è del tutto priva di disvalore alla stessa stregua della uccisione di un insetto⁵⁰.

Ancora, aderendo al modello bipartito moderno di teoria del reato, si finisce con il ritenere impropriamente che le cause di giustificazione incidano sulla c.d. materia del divieto, quando, invece, essendo norme permissive non *stricto sensu* penali e di carattere derogatorio-permissivo, spiegano i loro effetti unicamente sul divieto, lasciandone inalterata la sua materia, vale a dire il suo contenuto.

Non si potrà mai negare, infatti, che in un caso di omicidio commesso in presenza di una legittima difesa venga meno il contenuto della norma incriminatrice, non integrandosi proprio il fatto tipico dell'omicidio che, invece, resta inalterato. In tali situazioni, ben diversamente, quel fatto, pur essendo tipico, non sarà considerato antiggiuridico perché, sussistendo i requisiti di una causa di giustificazione, non è più vietato, ma facoltizzato, tollerato o imposto da un'altra norma dell'ordinamento giuridico prevalente in forza del principio di non contraddizione e della logica del bilanciamento degli interessi che attraversa l'area delle scriminanti: le cause di giustificazione, infatti, non escludono la condotta tipica che resta inalterata, ma fanno solo venire meno l'obbligo che grava su tutti i consociati – in assenza dei presupposti indicati da una delle norme di cui agli artt. 50-54 Cp o della parte speciale come l'art. 393-bis Cp o l'art. 9, d.lgs. n. 126/2006 – di rispettare la norma incriminatrice che la vieta e, quindi, la rendono lecita per tutto l'ordinamento giuridico⁵¹. Aspetto questo che incide anche sul versante processuale condizionando le formule di proscioglimento da adottare, dal momento che nell'ottica bipartita, in caso di accertamento di una causa di giustificazione, si utilizzerà la formula "perché il fatto non sussiste", mentre nell'ottica tripartita quella "perché il fatto non costituisce reato"⁵².

Inoltre, seguendo la teoria degli elementi negativi del fatto e sovrapponendo fino a confondere la tipicità e la antiggiuridicità in un'unica macro-categoria dommatica (dal momento che, come diceva una parte della dottrina più risalente, l'antigiuridicità diventa in quest'ottica l'in sé del reato, la sua *ratio essendi* che, quindi, precede la tipicità) si rischia di smarrire le specifiche funzioni politico-criminali di ciascuna delle

⁵⁰ Così C. Fiore-S. Fiore, *Diritto penale*, cit., 149.

⁵¹ G. Marinucci, *Fatto e scriminanti*, cit., 195.

⁵² In argomento cfr. M. Daniele, *Proscioglimento*, in *ED*, Annali II, Milano 2008, 894 ss.

distinte categorie, dimenticando che il *Tatbestand* svolge una preliminare funzione di tipizzazione delle sole lesioni dei beni giuridici meritevoli e bisognose di tutela penale, conformemente ai principi di legalità e determinatezza, mentre l'antigiuridicità quella ben differente di risoluzione dei conflitti esistenti tra interessi giuridici contrapposti, accordando prevalenza a quelli ritenuti sovraordinati dall'ordinamento giuridico in forza del principio di non contraddizione⁵³.

Senza trascurare che nella prospettiva bipartita si determina un'inversione dell'*onus probandi*, dal momento che, essendo l'assenza delle cause di giustificazione un elemento costitutivo del fatto tipico da accertare ai fini della sua sussistenza, spetterà al pubblico ministero escludere l'esistenza di tutte le scriminanti rispetto allo specifico fatto commesso, e non al reo dedurre la sussistenza dei requisiti di quella in concreto eventualmente applicabile nella sua peculiare situazione.

Oltre a determinare una sovrapposizione tra le formule di proscioglimento da utilizzare, dal momento che tanto nel caso di non conformità alla fattispecie incriminatrice generale ed astratta per difetto di un elemento costitutivo indefettibile, quanto in quello di sussistenza di una causa di giustificazione, la formula di proscioglimento sarà sempre quella perché il fatto non sussiste. Diversamente, nella seconda ipotesi, se si ritiene che la sussistenza di una scriminante lasci inalterato il fatto tipico, riverberando i suoi effetti unicamente sul divieto di commetterlo, la formula di proscioglimento più appropriata dovrebbe essere quella perché il fatto non costituisce reato.

Si è poi osservato come la stessa teoria degli elementi negativi del fatto presuppone l'esistenza della categoria autonoma delle cause di giustificazione incidenti sull'antigiuridicità, perché altrimenti la nozione di elementi negativi sarebbe comprensiva di molti altri aspetti che devono mancare ma che sono sicuramente diversi dalle scriminanti, come ad esempio le cause di non punibilità in senso stretto⁵⁴.

Per di più, si rileva che se le cause di giustificazioni fossero realmente elementi negativi del fatto sarebbe sufficiente la costatazione della sussistenza di un singolo elemento negativo per far venir meno l'intero fatto (ad esempio l'attualità del pericolo nella legittima difesa), mentre, com'è noto, il fatto viene meno – anche secondo i fautori della teoria bipartita – unicamente quando sono ravvisati tutti gli elementi costitutivi della scriminante, non solo taluno⁵⁵.

⁵³ Sulle distinte funzioni politico-criminali delle categorie dommatiche della tipicità e dell'antigiuridicità si veda C. Roxin, *Politica criminale e sistema penale*, cit., 53 ss.; nonché S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli 1993, 121 ss.; G. Marinucci, *Fatto e scriminanti*, cit., 193 ss.; G. Vassalli, *Tipicità*, in *ED*, XLIV, Milano 1992, 537 ss.; G. Fiandaca, *Fatto nel diritto penale*, in *DigDPen*, V, Torino 1991, 159 ss.; A. Gargani, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano 1997, 18 ss.

⁵⁴ In argomento cfr. ancora G. Marinucci, *Fatto e scriminanti*, cit., 183.

⁵⁵ In tal senso si veda ancora G. Marinucci, *Fatto e scriminanti*, cit., 184.

Alla luce di tutte queste considerazioni, ed in sintonia con la dottrina oggi maggioritaria, la teoria degli elementi negativi del fatto appare recessiva e, *par contre*, sembrano sussistere le condizioni per ritenere prevalente la teoria tripartita di impronta belinghiana, in cui l'antigiuridicità assume il rango di secondo ed autonomo elemento costitutivo del reato che presuppone il previo accertamento della tipicità.

Come si è già anticipato, muovendo da questa prospettiva dommatica sensibilmente differente, le cause di giustificazione non sono più elementi negativi la cui assenza contribuisce a definire il tipo di illecito penale, ma, al contrario, norme autonome, non strettamente penali⁵⁶, che autorizzano o impongono la realizzazione di un comportamento conforme ad una fattispecie incriminatrice e che, in forza del principio di non contraddizione dell'ordinamento giuridico, in quanto norme speciali casualmente collidenti con norme penali di contenuto punitivo, sono destinate a prevalere.

6. Non incidendo allora sulla esplicita valutazione politico-criminale circa la rilevanza penale o meno di un determinato comportamento a livello generale ed astratto, ma esprimendo un giudizio differente di risoluzione di conflitti tra interessi giuridici contrapposti, le cause di giustificazione non sottostanno ai principi di garanzia tipici del diritto penale potendo, ad esempio, essere anche applicate analogicamente, e quindi, aspetto che più interessa in questa sede, non producono effetti abolitivi *ex art. 2 co. 2 Cp*, dal momento che l'*abolitio criminis* è un fenomeno ben diverso connesso alla eliminazione integrale o alla riduzione parziale di una specifica norma incriminatrice.

L'eventuale rimodulazione di una scriminante in termini più ampi rispetto al passato, invece, lascia inalterate le singole fattispecie incriminatrici nella loro dimensione generale ed astratta, producendo solo "in concreto" la loro riduzione. Com'è stato rilevato «l'*abolitio criminis* è vicenda che colpisce il singolo e specifico tipo di illecito penalmente sanzionato così come è descritto dal legislatore, e non può verificarsi in presenza di una mera modificazione favorevole di una autonoma norma autorizzativa o di liceità, che oltretutto non è necessariamente subordinata al principio della riserva di legge»⁵⁷.

⁵⁶ Sulla natura non penale delle scriminanti cfr. R. Dell'Andro, *Antigiuridicità*, cit., 551 ss.; G. Marinucci, *Fatto e scriminanti*, cit., 1228 ss; G. Fiandaca, *Fatto nel diritto penale*, cit., 158. Per un diverso punto di vista cfr. da ultimo F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., 316; V. Valentini, *Diritto penale intertemporale*, Milano 2012, 299; A. Spena, *Diritti e responsabilità penale*, cit., 242 ss.; G. De Vero, *La successione di leggi penali*, in *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa* a cura di G. De Vero, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da Palazzo e Paliero, I, Torino 2010, 60. Propende, invece, per una concezione autonoma della antigiuridicità penale V. Valentini, *Cause di giustificazione e abolitio criminis*, cit., 1335.

⁵⁷ M. Gambardella, *Legge penale nel tempo*, cit., 659.

Da ciò discende che «le modifiche *in mitius* alle norme scriminanti si applicano perciò soltanto se il procedimento penale è in corso: non possono disciplinare i fatti storici accaduti prima della loro entrata in vigore, quando rispetto a questi ultimi vi è già stata una pronuncia di condanna definitiva; e dunque siffatte modifiche favorevoli non possono provocare la revoca della sentenza di condanna passata in giudicato ex art. 673 cpp.»⁵⁸.

Ogni intervento modificativo in termini espansivi di una norma di liceità la cui sussistenza deve essere accertata al momento di realizzazione del fatto non intacca mai la figura di reato, ma più semplicemente può solo restringerla in concreto da quel momento in poi, producendo la non punibilità dei fatti commessi in presenza della nuova causa di giustificazione *pro futuro* e retroattivamente, ma rispetto ai soli giudizi in corso⁵⁹.

Ben si capisce, allora, che muovendo da una premessa teorica di questo tipo, si perviene a conclusioni opposte sulla riforma del 2019 rispetto a quelle cui è giunta la Corte di Cassazione nella sentenza Addis.

Considerando infatti la nuova legittima difesa domiciliare di cui all'art. 52 co. 4 Cp una causa di giustificazione che incide sulla sola antiggiuridicità lasciando intatta la tipicità, il corollario inevitabile che se ne ricava sul piano diacronico è quello della sua sussunzione nella categoria delle ipotesi di successione di leggi penali nel tempo, vale a dire delle mere modifiche della disciplina punitiva pregressa, incapaci di dare vita a veri e propri fenomeni di *abolitio criminis* e governate dalla regola intertemporale più tenue di cui all'art. 2 co. 4 Cp.

Ragion per cui, diversamente da quanto sostenuto implicitamente dalla sentenza della S.C. prima richiamata, non ci sarebbe alcuna possibilità di travolgere il giudicato e gli effetti penali della sentenza di condanna definitiva per un delitto contro la vita o l'incolumità fisica commesso in presenza delle nuove e più ampie previsioni legislative introdotte per le reazioni alle aggressioni *invito domino* all'interno del proprio domicilio. Al contrario, la nuova riforma potrebbe riverberare i suoi effetti *in bonam partem* unicamente nei giudizi ancora in corso e non definiti da una sentenza di condanna passata in giudicato.

⁵⁸ M. Gambardella, *Legge penale nel tempo*, cit., 660; in senso analogo cfr. M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 57.

⁵⁹ Già G. Marinucci, *Cause di giustificazione*, cit., 130 ss., osservava che «l'applicazione retroattiva della norma che prevede una nuova o più ampia causa di giustificazione del fatto non comporterà il venir meno della sua antiggiuridicità esistente al momento del fatto». Più di recente, nello stesso senso e con argomentazioni più articolate, si è espresso, M. Gambardella, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, cit., 156 ss. Per un diverso ordine di idee si veda l'articolato ragionamento di V. Valentini, *Cause di giustificazione e abolitio criminis*, cit., 1350.

7. Nondimeno, anche tale soluzione, per quanto coerente con l'impostazione dommatica prevalente in materia di teoria generale del reato, si espone a delle riserve critiche, producendo degli effetti concreti non del tutto razionali.

Ed infatti, a ben vedere, se si esclude che le cause di giustificazione possano godere della garanzia penalistica della retroattività della legge più favorevole nella sua dimensione più pregnante, inclusiva anche della possibilità del travolgimento del giudicato, si darebbe vita ad un'aporia sistematica non agevolmente comprensibile.

Mentre, da un lato, le scriminanti, se osservate da un punto di vista sincronico, in quanto norme non penali incidenti al momento della commissione di un fatto tipico su un concetto unitario di anti giuridicità, hanno una efficacia "assoluta" o *omnibus* rendendo lecito un comportamento conforme ad una fattispecie incriminatrice in tutti i rami dell'ordinamento giuridico in forza del principio di non contraddizione che impone di considerare improduttivo di conseguenze sanzionatorie di qualsiasi tipo ogni comportamento facoltizzato, tollerato o imposto da una norma giuridica ovunque collocata nell'ordinamento; al contrario, se prese in considerazione da un punto di vista diacronico, hanno una efficacia relativa, valendo unicamente per i fatti ancora oggetto di giudizio.

Sul piano del diritto intertemporale, infatti, esse finiscono per ricevere una valutazione differenziata e non uniforme, producendo effetti retroattivi limitatamente ai soli fatti ancora oggetto di giudizio, non potendo intaccare quelli rispetto ai quali si è già formato un giudicato definitivo, sollevando così dubbi di compatibilità con il principio di non contraddizione su cui poggiano e con l'efficacia "liberatoria" in tutti i rami dell'ordinamento che le contraddistinguono⁶⁰.

Una soluzione interessante avanzata per superare tale *impasse* ed appianare un simile potenziale conflitto logico-giuridico è prospettata dagli stessi autori che hanno segnalato acutamente queste criticità, operando un distinguo tra scriminanti nucleari, regolatorie e occasionali.

Mentre le prime due tipologie di cause di giustificazione – i cui esempi sono, rispettivamente, la legittima difesa e l'uso legittimo delle armi o le operazioni sotto copertura – implicano un giudizio di (dis)valore penale del legislatore, le ultime – rappresentate per tutte dall'esercizio di un diritto o dall'adempimento di un dovere – esprimono valutazioni di carattere generale dell'ordinamento e/o di tipo politico, di talché la regola della retroattività illimitata *in mitius* recata dall'art. 2 co. 2 Cp dovrebbe valere solo per le prime due categorie di scriminanti e non per le altre che, invece, dovrebbero seguire quella della retroattività temperata contenuta nell'art. 2 co. 4 Cp.

Si osserva, difatti, che unicamente le esimenti nucleari e quelle regolatorie, essendo «strutturalmente orientate alla liceizzazione di condotte penalmente

⁶⁰ In tal senso cfr. F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., 458 e ss.

rilevanti, poss(o)no retroagire ai fatti precedenti e finanche a quelli oggetto di sentenza di condanna irrevocabile, essendo il frutto di una radicale revisione delle opzioni sanzionatorie in corso di esecuzione»⁶¹.

Tuttavia, questa interessante soluzione presta il fianco ad un'obiezione di carattere concettuale, dal momento che snatura la concezione unitaria della categoria dell'antigiuridicità e, di riflesso, quella connessa delle cause di giustificazione.

Per risolvere il problema in modo più semplice ed evitare una dilatazione intertemporale eccessiva degli effetti di favore implicati dalla nuova legittima difesa domiciliare, la soluzione più immediata potrebbe essere quella di negare alle ipotesi di non punibilità così come riscritte dalla riforma dell'art. 52 co. 2 e 4 Cp la natura giuridica di cause di giustificazione, prendendo sul serio le novità introdotte e non abrogandole interpretativamente. Soluzione questa prospettata da una parte della dottrina anche in ordine alla prima riforma della legittima difesa domiciliare del 2006 ed a quelle contemplate nei più recenti disegni di legge tesi a modificarla prima del 2019⁶².

Ed infatti, se si parte dal presupposto teorico ben diverso di ritenerla una causa di non punibilità in senso stretto di carattere personale piuttosto che una causa di giustificazione, in ragione dello sganciamento che sembra operare sulla carta il nuovo art. 52 co. 2 e 4 Cp dal parametro della proporzionalità che rappresenta l'elemento caratteristico delle scriminanti, sul versante del diritto intertemporale, la disciplina applicabile dovrebbe essere necessariamente quella dell'art. 2 co. 4 Cp in materia di successione di leggi penali nel tempo⁶³.

Probabilmente, un'altra via percorribile per sostenere la retroazione incondizionata di norme ampliative di preesistenti scriminanti come quelle introdotte con la legge del 2019 in materia di legittima difesa domiciliare, senza però introdurre complessi e problematici distinguo tra sotto-tipologie di scriminanti, potrebbe essere quella di iper-valorizzare il loro fondamento logico-giuridico rappresentato dal principio di non contraddizione e di unità dell'ordinamento, ritenendo che se il

⁶¹ F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., 463. Conduce, invece, un ragionamento solo in parte analogo, distinguendo tra scriminanti tassative (quelle di cui agli artt. 52-54 Cp) e scriminanti aperte (quelle di cui agli artt. 50 e 51 Cp), V. Valentini, *Cause di giustificazione e abolitio criminis*, cit., 1357 ss., il quale sembra propendere per la applicabilità ad entrambe le categorie della regola della iper-retroattività di cui all'art. 2 co. 2 Cp, attecchendosi queste ultime ad elementi normativi giuridici della tipicità.

⁶² Avevano prospettato una simile ricostruzione della legittima difesa domiciliare come scusante personale piuttosto che come causa di giustificazione A. Cadoppi, *La legittima difesa domiciliare (c.d. "sproporzionata" o "allargata")*: molto fumo e poco arrosto, in *DPP 2006*, 436 ss.; A. Vallini, *I nuovi spazi della legittima difesa nel panorama di un diritto penale "mediatico"*, in *La riforma della legittima difesa*, a cura di C. Piemontese, Pisa 2008, 15 ss.; D. Notaro, *La legittima difesa domiciliare una scriminante "sensibile" ad istanze scusanti?*, cit., 159 ss.

⁶³ In tal senso si veda ancora F. Consulich, *La legittima difesa tra ascesa della forza privata e declino del potere pubblico*, cit., 7.

legislatore ha espresso un rinnovato giudizio in ordine alla illiceità di un fatto già tipico rispetto al quale si è formato un giudicato di condanna, a legittimare il travolgimento di quest'ultimo potrebbe essere la necessità di evitare di introdurre frizioni tra la nuova disciplina e la funzione rieducativa della pena di cui all'art. 27 co. 3 Cost.

L'eventuale esecuzione di una sanzione penale irrogata per un fatto che per l'intero ordinamento giuridico è considerato successivamente lecito perché facoltizzato, autorizzato o imposto da una norma non esistente al momento della commissione del fatto, potrebbe difficilmente incidere in modo positivo sul reo il quale percepirebbe quella pena come del tutto ingiusta ed irragionevole, esercitando così una funzione potenzialmente desocializzante e disorientante culturalmente.

Vale a dire che, ai sensi di una rilettura teleologicamente orientata agli scopi della pena anche delle cause di giustificazione, la non applicazione al riformato articolo 52 Cp della garanzia della retroattività nella accezione più ampia ed onnicomprensiva descritta dall'art. 2 co. 2 Cp potrebbe risultare in contrasto con il principio rieducativo di cui all'art. 27 co. 3 Cost. e con quello di ragionevolezza proporzionalità delle pene di cui all'art. 3 Cost.

In ogni caso, la molteplicità delle alternative attualmente esistenti sul tappeto dimostra che il problema della efficacia retroattiva delle modifiche legislative delle cause di giustificazione è tutt'altro che risolto e la sua soluzione resta inscindibilmente connessa a sottili differenze di natura dommatica e ad una rivalutazione della – talvolta – negletta teoria generale del reato.