

QUESITI

RICCARDO ORLANDI

La provocazione della scriminante. I limiti della giustificazione del reato in contesti illeciti

Il presente contributo affronta il tema della provocazione di situazioni di legittima difesa o di stato di necessità. In questi contesti, l'agente con una prima condotta provocatoria crea volontariamente una situazione pericolosa, istigando un'aggressione o causando una minaccia imminente per il provocato, alla quale reagisce per difesa, invocando così il beneficio della scriminante. Il lavoro, partendo da uno studio comparato, analizza la disciplina degli artt. 52 e 54 c.p. in relazione alla causazione volontaria del pericolo o dell'offesa.

The Contrived Causation of a Criminal Defense. The Limits of Justification in Unlawful Situations

This paper deals with the issue of provocation in situations of self-defence or state of necessity. In these contexts, a person with a first provocative conduct voluntarily creates a dangerous situation, instigating an aggression or causing an imminent threat to the provoked person, to which they react in defence, thus invoking an excuse. The work, starting from a comparative study, analyses Articles 52 and 54 of the Italian Criminal Code in relation to the voluntary causing of danger or offence.

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il problema della provocazione della scriminante - 2. L'applicazione del paradigma della *actio libera in causa* alla provocazione della scriminante: la *actio illicita in causa* - 2.1. Le critiche alla teoria della *actio illicita in causa*. L'abuso del diritto - 3. Il quadro normativo interno: stato di necessità, legittima difesa e provocazione - 4. Il pericolo non volontariamente causato nello stato di necessità - 4.1. (*Segue*). Causazione dolosa e colposa del pericolo - 5. Azione provocatoria e possibilità di difesa del soggetto provocatore - 6. La rilevanza degli elementi soggettivi delle scriminanti - 6.1. (*Segue*). In particolare, nei casi di provocazione - 7. La posizione della giurisprudenza. Legittima difesa e delitto di rissa - 8. La mancanza di costrizione e il fine della giustificazione. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione. Il problema della provocazione della scriminante. Non sono rari i casi che si presentano all'operatore del diritto di provocazione di una causa di giustificazione. Tema certamente classico, quasi romanzesco o da filmografia di genere *Western*, mantiene ciononostante una sua attualità per i nodi interpretativi, tanto sul piano dogmatico quanto su quello politico-criminale, che continua a presentare, mai del tutto risolti con unanime consenso; problemi che attengono, più in generale, al senso della giustificazione del reato, alle sue basi e alle diverse *rationes* delle singole scriminanti, soprattutto della difesa legittima e dello stato di necessità.

I casi di provocazione della scriminante riguardano tutte quelle situazioni nelle quali un soggetto provochi volontariamente con la sua condotta una reazione aggressiva di un altro soggetto, con la conseguenza (o con l'obiettivo) di poterlo poi ledere per difendersi, invocando così la protezione della causa di giustificazione.

Alcuni esempi possono aiutare a comprendere meglio la questione.

1) Tizio, persona coinvolta nello spaccio di sostanze stupefacenti, per vendicare un "affronto" subito da Caio, un altro spacciatore che cede sostanze nella stessa zona, decide di chiamare il suo sodale Sempronio, affinché vendichi lo sgarbo subito da Tizio. Sempronio contatta con una scusa Caio, dandogli appuntamento in un luogo isolato. Sempronio si presenta all'incontro con una pistola nascosta sotto la giacca. Sempronio dice a Caio che non avrebbe dovuto occupare la zona di spaccio di Tizio e che per questo ora la pagherà a caro prezzo. Caio, irato da queste parole, aggredisce Sempronio sferrandogli un pugno alla tempia, facendolo cadere a terra e scagliandosi poi su di lui. Sempronio, a questo punto, estrae l'arma e spara contro Caio, provocandogli gravissime lesioni¹.

2) Mevio, proprietario di un'azienda di materiali per l'edilizia, incontra casualmente al ristorante Caio, imprenditore edile, verso il quale vanta un credito di migliaia di euro. Vedendo che Caio si pavoneggia con i suoi commensali, Mevio, accecato dalla rabbia, si reca al tavolo di Caio e inizia ad apostrofarlo con epiteti negativi. Caio reagisce alle parole di Mevio aggredendolo fisicamente; a quel punto, sentendosi in pericolo, per liberarsi dalla presa di Caio, Mevio sferra a quest'ultimo un pugno, facendolo cadere rovinosamente a terra.

Le opzioni che si presentano all'interprete sono dunque due: lasciare impunita la condotta del provocatore, giustificando quindi l'evento lesivo da questi prodotto perché in ipotesi coperto da una scriminante - a meno che non si verifichi un caso di eccesso colposo (o doloso) - oppure cercare di individuare elementi, partendo da ciò che il quadro normativo pone a disposizione, sui quali fondare la punibilità.

Già F. Carrara nel suo *Programma* del 1871 si era occupato di questo tema, scrivendo a tale riguardo che non vi poteva essere difesa legittima nel caso in cui il pericolo fosse stato causato da un fatto riprovevole dello stesso soggetto².

¹ Questo esempio, con alcune modifiche, è tratto da *BGH 3 StR 331/00 - Urteil v. 22. November 2000 (LG Kiel)* nel quale la Suprema Corte tedesca ha applicato per la prima volta l'istituto della *actio illicita in causa* (v. *infra* § 2), condannando così il provocatore per lesioni personali colpose (§ 229 StGB).

² CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, 3° ed., Lucca, 1867, 172-173.

Più articolato e con un certo grado di originalità fu invece la posizione di G.B. Impallomeni nelle *Istituzioni* del 1908: per l'illustre Studioso non si poteva negare al provocatore la possibilità di difendersi dall'aggressione del provocato, invocando la difesa legittima, ma constatava il carattere deplorabile della condotta del provocatore, il quale non poteva andare esente da responsabilità, almeno a titolo colposo³.

2. *L'applicazione del paradigma della actio libera in causa alla provocazione della scriminante: la actio illecita in causa.* Oltralpe, la dottrina tedesca ha fatto della provocazione della scriminante uno dei tanti temi di grande speculazione scientifica, registrando un numero consistente di contributi autorevoli e creando così uno dei tanti "prodotti" internazionali da esportazione⁴. È necessario quindi partire, prima di analizzare il quadro normativo italiano, da quelle elaborazioni che hanno affrontato nel corso di diversi decenni con acume e anche con vivace dibattito il tema della provocazione della legittima difesa e dello stato di necessità.

Com'è noto, si parla di *actio libera in causa* quando il soggetto agente si è posto volontariamente in uno stato di incapacità di intendere e di volere, al fine di commettere (con più facilità) un reato o comunque per precostituirsi una scusa per la sua commissione⁵. Tale istituto è stato impiegato da una parte della dottrina tedesca, a partire dagli anni '60, come modello esplicativo per fondare la punibilità del soggetto provocatore e quindi il mancato riconoscimento della scriminante della legittima difesa, qualora l'azione aggressiva sia

³ IMPALLOMENI, *Istituzioni di diritto penale*, ed. post. a cura di Lanza, Torino, 1908, 305, il quale, nel replicare alla posizione espressa sul punto dal Carrara, afferma: «Anzitutto egli muove da un errore quando crede che l'ingiustizia da parte del minacciato escluda l'ingiustizia dell'aggressione. Ingiusto è sempre l'atto *sine jure*; ora colui che si fa aggressore, qualunque sia il motivo per cui si fa aggressore, qualunque sia il motivo che lo spinge all'azione, commette un atto ingiusto, per ciò solo che la legge riprova la violenza [...]. Essendo così, colui che con il suo contegno riprovevole, ed anche delittuoso, abbia dato causa alla altrui violenza, si trova precisamente nei termini della legittima difesa, se uccide o se ferisce per la necessità in cui si trova di respingere la violenza».

⁴ Questo anche grazie ad un quadro normativo interno piuttosto vago, tale da permettere astrazioni concettuali, sicuramente tipiche di quel modello. Su questi aspetti, v. DONINI, *I due paradigmi fondamentali per la comparazione penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 2, 485 ss.

⁵ Tutti gli elementi del reato, in base al principio di coincidenza, devono sussistere di regola nello stesso momento e pertanto nei casi di *actio libera in causa* si deroga a questo principio attraverso un criterio di imputazione straordinario. Sulle implicazioni del principio di coincidenza, cfr. RUDOLPH, *Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht*, Berlin, 2006, 78 ss. Sull'istituto dell'*a.l.i.c.*, v. LEONE, *Tentativo di una nuova configurazione delle actiones liberae in causa*, in *Ind. pen.*, 1972, 1, 20 ss.; MENGHINI, *Actio libera in causa*, Padova, 2015, 45 ss. e 114 ss.; per un quadro generale, anche con riferimento all'*actio illicita in causa*, v. SATZGER, *Dreimal in causa - actio libera in causa, omissio libera in causa und actio illicita in causa*, in *Jura*, 2006, 513 ss.

stata dolosamente o colposamente prodotta dallo stesso soggetto che ha reagito per difendersi (*Notwehrprovokation*)⁶.

Nata principalmente per i casi di provocazione della scriminante della legittima difesa, è stata poi applicata dai suoi sostenitori anche alla provocazione dell'esimente dello stato di necessità (*Notstand*) e più in generale in tutti quei casi in cui si è manifestata una situazione scriminante senza alcuna necessità e a causa di una condotta volontaria dell'ipotetico beneficiario della stessa⁷.

Secondo la teoria della *actio illicita in causa* - costruita appunto sul modello della *actio libera in causa* - l'evento è sì in astratto consentito perché coperto da una causa di giustificazione, senonché la seconda reazione si rivela illecita (antigiuridica), essendosi l'agente posto intenzionalmente nella situazione scriminante che altrimenti non si sarebbe verificata⁸.

La negazione del riconoscimento della scriminante si fonda sulla prima condotta di provocazione: la condizione di illiceità della condotta difensiva o reattiva susseguente, in sé apparentemente lecita, viene quindi fatta retroagire al comportamento precedente⁹.

Il primo ad adottare la teoria dell'*actio illicita in causa* fu R. Lange, secondo il quale - nel commentario allo *Strafgesetzbuch* curato da E. Kohlrausch - il fatto non può in alcun modo trovare giustificazione, poiché la morte o la lesione è dovuta ad una creazione artificiosa (volontaria) per mezzo della con-

⁶ Sul tema, in generale, con riferimento alla letteratura tedesca, oltre ai commentari e alla manualistica, cfr. BOCKELMANN, *Notwehr gegen verschuldete Angriffe*, in *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, 1970, 19 ss.; MARXEN, *Die sozioethischen Grenzen der Notwehr*, Frankfurt a.M., 1979, 58 ss.; ROXIN, *Die sozioethischen Einschränkungen des Notwehrrechts*, in *ZStW*, Bd. 93, 1981, 68 ss.; CONSTADINIDIS, *Die Actio illicita in causa - ein Beitrag zu den Voraussetzungen und Grenzen der strafrechtlichen Zurechnung eines Handlungserfolges sowie zur Problematik der provozierten Notwehr*, Würzburg, 1982, *passim*; BITZILEKIS, *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts*, Berlin, 1984, 136 ss.; KIEFNER, *Die Provokation bei Notwehr (§32 StGB) und Notstand (§34 StGB)*, Gießen, 1991, *passim*; HILLENKAMP, *32 Probleme aus dem Strafrecht*, 12 Aufl., Neuwied, 2006, 2, 12 ss.; GRÜNEWALD, *Notwehreinschränkung - insbesondere bei provoziertem Angriff*, in *ZStW*, Bd. 122, 2010, 51 ss.; RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung und Notwehrrecht*, Tübingen, 2017, 478 ss.

⁷ KÜPER, *Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand - zugleich ein Beitrag zur „actio illicita in causa“*, Bd. 50, Berlin, 1983, 36 ss.

⁸ In termini critici, contestando il parallelismo tra *actio libera in causa* e provocazione della scriminante, v. RUDOLPHI, *Notwehrrezeß nach provoziertem Angriff*, in *JuS*, 1969, 461 ss.; KRAUSE, *Betrachtungen zur actio libera in causa, insbesondere in der Form vorsätzlicher Begehung*, in *Festschrift für Hellmuth Mayer*, Berlin, 1966, 305 ss.; *contra*, sostenendone invece la validità, FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, Kommentar, 67 Aufl., München, 2020, § 32, Rn. 46.

⁹ L'azione provocatoria dovrebbe a questo punto creare un rischio non consentito dall'ordinamento e quindi, secondo alcuni Autori, un vero e proprio reato di pericolo: sul punto, cfr. RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, Berlin, 1994, 60; HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Berlin, 1998, 361 ss.; ID., *Anmerkung zu BayObLG v. 26.05.1978 - 3 ObOWi 38/78*, in *JR*, 1979, 127.

dotta provocatoria, con una esplicita intenzione criminosa¹⁰. Lange non riteneva nemmeno in astratto giustificabile l'evento mortale o lesivo, adottando così un'interpretazione letterale della *illicita causa* che, come tale, proiettava i suoi effetti inevitabilmente anche sull'*actus* che non veniva giustificato ed era di per sé considerato già illecito¹¹.

Successivamente, è con J. Baumann e poi con T. Lenckner che la teoria dell'*a.i.c.* si consolida, portando però ad un'ipertrofia teorica - senza alterarne peraltro l'esito pratico - che ne ha paradossalmente compromesso la sua validità, prestando il fianco a (legittime) critiche che non si sono fatte attendere¹².

Per i due Autori, gli aspetti di illiceità sono confinati e limitati soltanto all'*actio praecedens* e non anche alla reazione difensiva che risulta pertanto (non solo in astratto, ma realmente) lecita¹³. La difesa del soggetto aggredito è coperta dalla scriminante della legittima difesa e il provocatore può a buon diritto difendersi, contrastando l'azione dell'aggressore.

Si suddividono i piani di valutazione: il reato commesso per difendersi è giustificato e sussiste quindi una causa esimente "realmente" operante *in actu*, ma, nella considerazione complessiva dei fatti, questa lesione del bene giuridico non può trovare protezione¹⁴ perché, tanto da un punto di vista meramente causale quanto da un punto di vista soggettivo, l'azione difensiva è dovuta ad una condotta (dolosa o colposa) dello stesso soggetto provocatore che ha generato una reazione obbligata per il provocato¹⁵.

¹⁰ LANGE, *vor § 51, § 53*, in KOHLRAUSCH - LANGE, *Strafgesetzbuch*, 43. Aufl., Berlin, 1961, II, 191-192 e V, 205-206.

¹¹ ROXIN, *Die provozierte Notwehrlage*, in *ZStW*, Bd. 75, 1963, 548.

¹² FREUND, *Actio illicita in causa. Ein Übel oder eine Möglichkeit, das Übel an der Wurzel zu packen?*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2006, 267 ss.

¹³ BAUMANN, *Rechtsmißbrauch bei Notwehr*, in *Monatschrift für deutsches Recht*, 1962, 349 ss.; ID., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Bielefeld, 1961, 231; LENCKNER, *Notwehr bei provoziertem und verschuldetem Angriff*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1961, 299 ss.

¹⁴ BAUMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., Bielefeld, 1977, 304-305.

¹⁵ A partire dalla metà degli anni '80, alcuni Autori, ponendosi dal punto di vista del soggetto provocato e analizzando la questione da una diversa prospettiva, ritennero che il primo aggressore non meritasse nemmeno successivamente - non soltanto *in actu* - protezione da parte dell'ordinamento, poiché avrebbe potuto senza problema alcuno non cogliere la provocazione, desistendo da qualsiasi condotta aggressiva nei confronti del provocatore, quindi approfittare di una sorta di *commodus discessus*: cfr. MITSCH, *Straflose Provokation strahlbarer Taten. Eine Studie zu Grund und Grenzen der Straffreiheit des agent provocateur*, Lübeck, 1986, 120 ss.; FRISTER, *Die Notwehr im System der Notrechte*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1988, 291; RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, cit., 301 ss. Nella manualistica, seppur in un condensato di diverse posizioni, v. BAUMANN - WEBER - MITSCH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 11. Aufl., Bielefeld, 2003, § 17, Rn. 37-38.

In altri termini, si sposta la focalizzazione dell'*a.i.i.c.* dalla reazione difensiva del provocatore a quella della persona provocata che viene indotta e dunque coartata dallo stesso provocatore al solo scopo di aggredire a sua volta il provocato. A questo riguardo, Lenckner e Baumann impiegano la figura dell'autoria mediata (*mittelbare Täterschaft*) per meglio esplicitare la punibilità del provocatore: l'autore immediato non viene punito come nel caso del soggetto provocato, perché in entrambi i casi agiscono come se fossero uno strumento o dell'autore mediato o del provocatore¹⁶.

Anche E. Schmidhäuser spiega la punibilità di colui che provoca la situazione scriminante creando una corrispondenza con l'autore mediato che viene punito al posto dell'autore immediato, il quale agisce in modo giuridicamente conforme, ma è la genesi della sua condotta ad essere illecita¹⁷.

Più articolata è la posizione di C. Bertel che, pur condividendo la teoria dell'*a.i.i.c.*, ritiene che il mancato riconoscimento della giustificazione della reazione difensiva del provocatore – in sé ritenuta tuttavia formalmente lecita, come sostenevano anche Lenckner e Baumann, perché l'ordinamento non può rimanere indifferente al fatto che in quel momento vengano posti in pericolo beni giuridici rilevanti e quindi non può negare un'azione difensiva – vada ricercato nel fatto che l'ordinamento è stato costretto ad accordare protezione a un soggetto che ha provocato intenzionalmente la scriminante e creato la situazione di costrizione, sfruttando e piegando la protezione dell'ordinamento a propri fini¹⁸; al soggetto provocatore gli va quindi negata ogni giustificazione e ascritto il reato che ha compiuto per difendersi¹⁹.

2.1. Le critiche alla teoria della actio illicita in causa. L'abuso del diritto. Alcune prime crepe o difficoltà esplicative nella teoria dell'*a.i.i.c.*, senza negarne nel complesso la validità, vennero individuate da W. Küper, il quale limitava la portata della teoria in argomento ai solo casi di provocazione colpevole

¹⁶ BAUMANN, *Rechtsmissbrauch bei Notwehr*, cit., 350; T. LENCKNER, *Notwehr bei provoziertem und verschuldetem Angriff*, cit., 307.

¹⁷ SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Lehrbuch, 2. Aufl., Tübingen, 1975, 358 ss.

¹⁸ BERTEL, *Notwehr gegen verschuldete Angriffe*, in *ZStW*, Bd. 84, 1972, 1 ss. Nella stessa direzione, inoltre, si inserisce anche la posizione di Schröder, ulteriormente ripresa, con ulteriori precisazioni, da Lenckner e Perron in LENCKNER - PERRON, § 32 *Notwehr*, in SCHÖNKE - SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27 Aufl., München, 2006, 54, 662 ss.

¹⁹ Rimane ad oggi ancora aperta la questione sul titolo di imputazione del reato compiuto dal provocatore nella seconda reazione difensiva. Oltralpe, mentre nella giurisprudenza è prevalente l'indirizzo di un'attribuzione della responsabilità per colpa, la dottrina invece propende per una responsabilità a titolo doloso: KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Lehrbuch, 8. Aufl., München, 2017, § 7, 242 ss.

dell'esimente dello stato di necessità e non anche ai casi di provocazione della legittima difesa²⁰.

Il ragionamento compiuto da Küper parte dalla presa di consapevolezza che, in una situazione di legittima difesa, potrebbe intercorrere un certo lasso temporale tra la condotta provocatoria e la successiva (prima) reazione difensiva (del provocato) a cui farà seguito la difesa del provocatore; la scelta del provocato di reagire è rimessa poi ad una sua libera decisione.

Nel caso dello stato di necessità, la condotta intenzionale del provocatore genera immediatamente, all'incirca nello stesso momento, la situazione pericolosa ed è allora possibile in questo caso applicare l'*a.i.i.c.*, perché vi è un rapporto diretto tra la causazione della situazione pericolosa e l'azione necessitata. Come nelle versioni della teoria prima esposte, la condotta successiva necessitata è sì coperta dall'esimente, ma, visto che il provocatore si è posto intenzionalmente nella situazione di pericolo, l'evento è comunque ascrivibile allo stesso soggetto dal momento che la prima condotta era illecita e ha creato deliberatamente una situazione di conflitto²¹.

Queste considerazioni sulla provocazione della legittima difesa trovano, peraltro, ulteriore conferma qualora si adotti la teoria del divieto di regresso (*Regressverbot*): il nesso tra la prima azione provocatoria e la reazione difensiva è interrotto dalla libera determinazione del soggetto provocato, al quale è rimessa la decisione se reagire o se desistere e non accogliere la provocazione. La possibilità di risalire all'azione volontaria di provocazione per l'ascrizione di responsabilità viene dunque impedita dal divieto di regresso, essendosi inserita la condotta dolosa del provocato²².

La teoria dell'*a.i.i.c.* fu sottoposta a critiche serrate da parte di C. Roxin, alla quale opponeva principalmente, tra le altre, pur comprendendone e condividendone le ragioni di fondo, tre articolate argomentazioni²³.

Partendo dal primo aspetto, Roxin critica i sostenitori di questa teoria quando ritengono che l'anteriore condotta provocatoria non debba necessariamente rivelarsi antigiusuridica, poiché tale condotta sarebbe comunque disapprovata

²⁰ KÜPER, *Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand*, cit., 36 ss.

²¹ KÜPER, *Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand*, cit., 21 ss. e 161, il quale, tuttavia, non esclude a priori, per il solo fatto della presenza di una *a.i.i.c.*, la giustificazione del soggetto che ha colpevolmente causato il fatto necessitato.

²² Su questo tema sia permesso rinviare a ORLANDI, *Concorso nel reato e tipicità soggettiva eterogenea. Il concorso colposo nel reato doloso*, in *questa Rivista*, 2020, 2, 17 ss.; v. anche CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, 275 ss.; MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, 2013, 201 ss.

²³ ROXIN, *Die provozierte Notwehrlage*, cit., 545 ss.

dall'ordinamento, trattandosi di un comportamento strumentale del provocatore al fine di beneficiare della legittima difesa²⁴. Qualora, infatti, non si ammettesse il carattere antigiuridico della condotta provocatoria, crollerebbe l'intero impianto teorico perché la *causa* non sarebbe, in questo modo, più *illicita*.

Questo aspetto si collega direttamente con la seconda obiezione: se fosse veramente irrilevante il carattere antigiuridico della condotta provocatoria e si giustificasse addirittura *in actu* l'evento mortale o lesivo posto in essere dal provocatore per difendersi, non vi sarebbero momenti nei quali rinvenire aspetti di illiceità per giustificare un intervento punitivo²⁵: tutto sarebbe lecito e il provocato dovrebbe a questo punto soltanto sopportare l'attacco del provocatore, almeno fino a quando la provocazione non assuma contorni di offensività tali da consentire una reazione, ovvero integrare una fattispecie di reato. Anche il parallelismo con l'autoria mediata non coglie nel segno perché vi è una differenza di presupposti soprattutto inerenti alla condotta del *deceptus*²⁶. Infine, la terza argomentazione contro l'*a.i.i.c.* prende in considerazione lo sviluppo dell'azione provocatoria e le reazioni difensive. L'Autore, nell'analizzare l'*iter criminis*, critica la posizione di coloro che ritengono che si configuri un tentativo di delitto già con la prima azione provocatoria; nell'*actio libera in causa* l'inizio della condotta punibile non si rinviene nel momento in cui l'agente si pone in stato di incapacità, ma soltanto quando, già incapace, si risolve a dare corso all'azione criminosa progettata.

Ebbene, se la condotta provocatoria fosse considerata come un atto preparatorio, quindi non punibile, il provocato dovrebbe sopportare la provocazione fino a quando non assuma in concreto aspetti di lesività tali da permettere la reazione difensiva.

Se, invece, la provocazione fosse considerata di per sé già un atto esecutivo, quindi un tentativo di omicidio o di lesioni, si verificherebbe parimenti, con la difesa del soggetto provocato, un caso di legittima difesa e a questo punto non più impedibile da parte del provocatore²⁷.

²⁴ ROXIN, *Die provozierte Notwehrlage*, cit., 547-548. Sulla dinamica della provocazione che può essere anche reciproca o presentare una dinamica difficilmente ricostruibile, v. le osservazioni di HASSEMER, *Die provozierte Provokation oder über die Zukunft des Notwehrrechts*, in *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979, 232 ss.

²⁵ In questo senso anche BOCKELMANN, *Notwehr gegen verschuldete Angriffe*, cit., 26; HRUSCHKA, *Anmerkung zu BayObLG*, cit., 127; CONSTADINIDIS, *Die Actio illicita in causa*, cit., 57 ss.

²⁶ ROXIN, *Die provozierte Notwehrlage*, cit., 549-550. Ulteriori problemi di ascrizione della responsabilità si pongono nella caso di una compartecipazione nella condotta provocatoria.

²⁷ ROXIN, *Die provozierte Notwehrlage*, cit., 553 ss.

Senza distanziarsi molto dal fondamento teorico della *a.i.i.c.*, Roxin risolveva la questione della provocazione della legittima difesa impiegando il criterio dell'abuso del diritto (*Rechtsmißbrauchs*). Nel caso di una provocazione della legittima difesa, bisognerà valutare se il soggetto abbia abusato del diritto a difendersi, cioè se abbia piegato la tutela accordata dall'ordinamento per finalità diverse e non consentite, aggirando la legge²⁸.

3. Il quadro normativo interno: stato di necessità, legittima difesa e provocazione. Il tema della *actio illicita in causa* e da ultimo quello dell'abuso del diritto forniscono un interessante angolo di osservazione del problema della provocazione della scriminante anche nella prospettiva interna.

La declinazione della questione nel diritto penale italiano si pone in diversi termini: il primo, concerne il significato che deve essere attribuito al sintagma «non volontariamente causato» di cui all'art. 54 c.p.; il secondo, sulla possibilità di estendere in via ermeneutica l'elemento dell'involontarietà del pericolo alla scriminante della legittima difesa, cioè considerarlo come elemento implicito; il terzo, l'analisi della natura attenuante ed esimente della provocazione; il quarto, infine, riguarda lo spazio applicativo della legittima difesa nell'ambito del delitto di rissa.

Il dettato codicistico stabilisce in modo esplicito all'art. 54 c.p. che il pericolo attuale di un danno grave alla persona non deve essere stato volontariamente causato dal soggetto che ha commesso il fatto in stato di necessità, mentre l'art. 52 c.p. pare dimenticarsi di questo aspetto, parlando solamente di un «pericolo attuale di un'offesa ingiusta».

La provocazione poi, com'è noto, è annoverata tra le circostanze attenuanti comuni all'art. 62 n. 2 c.p. e agisce come causa di non punibilità in via eccezionale, soltanto in relazione al delitto di diffamazione (artt. 595 e 599 c.p.) e nel caso di cui all'art. 393-*bis* c.p., qualora il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio ovvero il pubblico impiegato abbia ecceduto con atti arbitrari i limiti delle sue attribuzioni²⁹.

²⁸ Sempre ROXIN, *Die provozierte Notwehrlage*, cit., 556 ss.

²⁹ In generale, sulle conseguenze della provocazione, anche con riguardo al trattamento sanzionatorio del fatto provocato, v. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, Napoli, 2018, 151 ss. Sull'esimente della reazione legittima agli atti arbitrari del pubblico ufficiale (reintrodotta con la L. 25 luglio 2009, n. 94), cfr. MORSELLI, *La reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale*, Padova, 1966, *passim*; P. SIRACUSANO, *Reazione ad atto di pubblico ufficiale e arbitrarietà putativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 3, 935 ss.; ARDIZZONE, voce *Reazione legittima ad atti arbitrari del pubblico ufficiale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1 ss.; BARTOLI, *Reazione oltraggiosa agli atti arbitrari e provocazione: verso la parificazione della tutela dei soggetti pubblici e privati*, in *Cass. pen.*, 1998, 11, 2825 ss.

4. *Il pericolo non volontariamente causato nello stato di necessità.* Partendo dalla scriminante dello stato di necessità, per quanto concerne il significato da attribuire alla caratteristica dell'involontarietà del pericolo iniziano già ad emergere, in seno alla dottrina, interpretazioni non univoche³⁰.

Il primo nodo interpretativo investe la stessa nozione di pericolo. Ci si è interrogati se per pericolo si debba intendere la situazione pericolosa oppure la causa che ha dato origine al pericolo; in altri termini, se l'avverbio «volontariamente» debba essere riferito al pericolo stesso o all'*actio proxima* al risultato, all'evento pericoloso³¹.

Il problema è tutt'altro che marginale: si prenda il tradizionale esempio degli alpinisti in cordata, in cui il primo scalatore si trovi costretto, per non cadere nel vuoto, a tagliare le funi di collegamento per togliere peso, perché il costone roccioso al quale era agganciato il piccone si sta per staccare dalla parete della montagna, facendo precipitare il secondo scalatore. Se ciò che non deve essere provocato è il pericolo, allora l'alpinista che ha reciso le corde potrà beneficiare dello stato di necessità, ma se ciò che non deve essere provocato è la causa del pericolo, allora difficilmente potrà beneficiarne.

A sostegno della tesi della causa del pericolo sembrano deporre due aspetti: il primo è che il legislatore ha utilizzato il verbo "causare" e il secondo che la lettera della norma sembra essere costruita con due circonlocuzioni piuttosto stringenti³²: il pericolo oltre a non dover essere stato volontariamente causato deve anche essere stato non «altrimenti evitabile». Se ciò che non deve essere voluta fosse la situazione pericolosa, si sarebbe potuto utilizzare un altro verbo, come ad esempio il verbo "volere"³³. Semmonché, sia in un caso sia nell'altro, si lascia scoperto un fianco: o quello oggettivo del rapporto eziologico o quello dell'elemento psicologico.

Qualora il requisito negativo della volontarietà del pericolo³⁴ coincidesse con la creazione della causa che ha dato origine al pericolo, si giungerebbe però

³⁰ MEZZETTI, voce *Stato di necessità*, in *Dig. disc. pen.*, 1987, XIII, 678.

³¹ GROSSO, *Il requisito della produzione non volontaria del pericolo nello stato di necessità e nella difesa legittima*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, Milano, 1965, II, 58 ss.

³² In questo senso, v. VIGANO, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, 590, il quale sostiene che: «[S]ul piano del nesso causale, l'agente avrà comunque "cagionato" la situazione di pericolo ogniqualvolta egli abbia posto in essere una *condicio sine qua non* della situazione medesima, anche se molto anteriore alla stessa: onde non si vede come si possa escludere che anche chi si sia licenziato dal posto di lavoro abbia "cagionato" la situazione di grave indigenza nella quale è stato poi "costretto" a commettere un furto».

³³ GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964, 84 ss.

³⁴ Secondo MEZZETTI, «*Necessitas non habet legem*»? *Sui confini tra "impossibile" ed "inesigibile" nella*

ad una sorta di *interpretatio abrogans* dell'esimente, poiché il suo campo di azione sarebbe nella pratica limitato a casi rarissimi, praticamente a casi di scuola³⁵.

È inoltre necessario, a tale riguardo, prendere in considerazione anche il fatto che alcuni comportamenti, alcune attività, per quanto rischiose (pericolose) sono comunque lecite, permesse, autorizzate: si fa riferimento ai casi di rischio consentito³⁶: generalmente l'*erlaubtes Risiko* non opera come una causa di giustificazione perché autorizza una determinata condotta di per sé pericolosa in modo che non si possa ascrivere a quella condotta l'eventuale evento lesivo, ma quest'ultimo non viene giustificato e rimane sempre impedibile, mentre una scriminante giustifica anche l'evento, il risultato di quella condotta che non può essere impedito³⁷.

Un altro aspetto che merita di essere preso in considerazione è il fatto che se si intendesse il pericolo di cui all'art. 54 c.p. nel senso della causa del pericolo e si adottasse un paradigma dimostrativo di tipo causale-condizionalistico puro si giungerebbe a conclusioni giuridicamente inaccettabili e in un certo modo praticamente paralizzanti.

Non soltanto. Ad una attenta disamina degli elementi che costituiscono la struttura dell'art. 54 c.p., si può individuare proprio nella necessità di «salvare sé od altri da un pericolo attuale di un danno grave alla persona» il fondamen-

struttura dello stato di necessità, Torino, 2000, 186-187, in un'ottica esclusivamente oggettiva di bilanciamento di beni giuridici confliggenti, la causazione volontaria del pericolo non assumerebbe le caratteristiche di un elemento "negativo", bensì di un elemento da considerare nel giudizio di proporzione.

³⁵ GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, cit., 88.

³⁶ G.V. DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978, 260 ss.

³⁷ Sul tema del rischio consentito, v. diffusamente DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, 48-49, anche per alcuni esempi; ID., voce *Imputazione oggettiva dell'evento* (diritto penale), in *Enc. dir.*, 2010, III, 635 ss. (spec. 649 ss.); lo stesso Autore distingue due forme di rischio consentito: una prima intrinseca alla teoria della *objektive Zurechnung* che agisce sulla tipicità e riguarda le condotte originariamente lecite e una seconda forma di rischio effettivamente scriminante che riguarda quelle condotte di per sé illecite, ma successivamente permesse attraverso una concessione o autorizzazione: ID., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 28; su questa distinzione v. anche le considerazioni di CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000, 434 ss. Sulla questione della non impedibilità della condotta di colui che agisce coperto da una causa di giustificazione, intesa come sanzione nei confronti di una precedente condotta illecita, cfr. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, 1960, VI, 619; GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, cit., 134 ss.; M. GALLO, *L'elemento oggettivo del reato*, Torino, 1967, 38; M. GALLO - SEVERINO DI BENEDETTO, voce *Antigiuridicità penale*, in *Enc. dir.*, 1988, II, 7. Più articolata la posizione di DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 244 (spec. nt. 116), che considera l'impedibilità come una forma di autotutela preventiva. Per una rilettura della questione della non impedibilità dell'azione scriminata, v. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, Milano, 2008, 287 ss.

to dello stato di necessità e quindi l'esigenza di evitare un pericolo incombente.

Ciò posto, pare allora corretto ritenere, seguendo anche l'orientamento della dottrina prevalente, che il sintagma «non volontariamente causato» debba essere interpretato nel senso che ciò che non deve essere voluto non è la causa che ha dato origine al pericolo, ma piuttosto la situazione pericolosa, che precede immediatamente il risultato dannoso, in cui il soggetto si è trovato costretto ad agire³⁸.

4.1. (Segue). Causazione dolosa e colposa del pericolo. Dopo aver cercato di chiarire il primo aspetto sulla reale portata da attribuire al sintagma della causazione della situazione pericolosa, è necessario soffermarsi sul significato da attribuire all'avverbio «volontariamente». Sono possibili, a tale riguardo, due opzioni interpretative: la prima, che intende questa espressione nel significato di dolosamente e colposamente; la seconda, una “provocazione” soltanto dolosa³⁹.

La prima interpretazione, cioè che «volontariamente» deve essere inteso nel senso di una realizzazione con dolo o con colpa, trova (sorprendentemente) consenso in una parte rilevante della dottrina⁴⁰ che porta a sostegno di questa tesi l'espressione impiegata nel 1° comma dell'art. 42 c.p., in ragione della quale l'azione o l'omissione deve essere commessa «con coscienza e volontà»: le caratteristiche di coscienza e volontà, quindi, appartenerebbero tanto al fatto colposo quanto a quello doloso.

Tale argomentazione non è del tutto persuasiva.

Bisogna innanzitutto premettere che la norma citata fa riferimento alla dimensione soggettiva della *suītas* della condotta attiva od omissiva nei limiti della «signoria della volontà»⁴¹, che però assume un valore, una caratteristica psicologica differente a seconda che si tratti di un reato doloso o colposo. Il termine «azione» non va inteso in termini generici come equivalente di “fatto”, fatto di reato, come impiegato in altre disposizioni, ma in senso proprio⁴². Spazi di volontarietà, che vanno oltre la *suītas* della condotta, si possono trovare anche nel reato colposo: l'elemento della volontarietà manca ovviamente (nel reato colposo di evento) soltanto in relazione alla verifica-

³⁸ Così anche GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, cit., 89; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3° ed., Milano, 2004, Art. 54, 11, 572.

³⁹ NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972, 121.

⁴⁰ Per i diversi orientamenti, v. M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., Art. 54, 10-11, 571-572.

⁴¹ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 11° ed., Milano, 2020, 327.

⁴² M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, 3° ed., Torino, 2020, 237 ss.

dell'evento, ma potrebbe comunque sussistere con riguardo alla violazione della regola cautelare perché non rispettata intenzionalmente⁴³.

Il pericolo, quindi, potrebbe essere "voluto" senza che si accompagni necessariamente il dolo dell'offesa. Nella disciplina delle scriminanti (eccesso colposo e rilevanza del putativo) poi è la stessa colpa impropria ad essere costruita su un fatto volontario.

Tuttavia, ciò che viene veramente in rilievo nell'art. 54 c.p. è l'esigenza di un rapporto di immediatezza tra la situazione pericolosa che deve essere involontaria e la condotta. Intendere il «pericolo da lui non volontariamente causato» anche in termini di colpa farebbe inevitabilmente scivolare l'analisi alla "premissa" che ha dato origine alla situazione pericolosa⁴⁴; una qualche responsabilità colposa (anche volontaria e colposa insieme) la si andrebbe infatti a ricercare non nella situazione necessitata ma nella causa che ha dato origine al pericolo con possibile regresso a fatti remoti, portando i concetti di «causazione» e «volontarietà» ad una estensione irragionevole.

Inoltre, l'argomento di comprendere anche la condotta colposa nel concetto di volontarietà del pericolo - perché a fare le spese dell'azione necessitata sarebbe un soggetto terzo incolpevole⁴⁵ - non pare cogliere nel segno, poiché al requisito dell'involontarietà del pericolo si associa quello della sua inevitabilità altrimenti e quello, comune anche alla scriminante della legittima difesa e all'uso legittimo delle armi, della proporzione tra la reazione (il fatto, la difesa) e il pericolo che circoscrivono entro limiti accettabili il perimetro applicativo dell'esimente.

Non vi sono ostacoli pertanto a riconoscere lo stato di necessità a colui che, ad esempio, non si è dato da fare per cercare lavoro o si è licenziato dal suo posto di lavoro, trovandosi così in una situazione di grave indigenza, ed è costretto a rubare un farmaco per salvare il figlio gravemente malato⁴⁶ oppure, per riprendere l'esempio precedente, all'alpinista che nel programmare la scalata ha sottovalutato le condizioni meteorologiche o ancora al proprietario

⁴³ *Amplius*, v. CANESTRARI - CORNACCHIA - DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2° ed., Bologna, 2017, 467-468.

⁴⁴ Seguendo tale impostazione si porrebbero ulteriori problemi inerenti ai casi di colpa c.d. incosciente, allorché l'agente non ha nemmeno coscienza della situazione di rischio o nei casi di colpa lieve.

⁴⁵ GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, cit., 99-100; FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 8° ed., Bologna, 2019, 323.

⁴⁶ V., in questo senso, Cass., Sez. VI, 14 marzo 2008, n. 27049, in *C.E.D. Cass.*, 241014. Al di là dei tradizionali esempi, possono comunque presentarsi casi di non facile risoluzione, a fronte dei quali si registrano orientamenti piuttosto intransigenti della giurisprudenza di legittimità, motivate soprattutto da preoccupazioni generalpreventive.

di un animale, governato in modo negligente, costretto a violare il domicilio altrui per scappare dall'attacco dello stesso animale inferocito.

Diverso è il discorso per i casi che riguardano la circolazione stradale, nei quali il conducente si trova costretto ad effettuare una manovra con conseguenze letali per un terzo al fine di evitare un ostacolo; si tratta infatti di situazioni interne al fatto colposo e che di conseguenza soggiacciono ai normali criteri di imputazione della colpa.

In definitiva, risulta quindi preferibile l'interpretazione che intende l'avverbio «volontariamente» esclusivamente in termini di dolo, cioè di una provocazione dolosa della situazione di pericolo (e non anche di cause remote⁴⁷), ricomprendendo in questo ambito anche il caso in cui l'evento sia previsto ed accettato e ciononostante l'agente decida comunque di agire, cioè nella forma del dolo eventuale⁴⁸.

5. Azione provocatoria e possibilità di difesa del soggetto provocatore. A differenza dell'art. 54 c.p., la norma sulla legittima difesa non prevede che la situazione pericolosa o, in questo caso, più correttamente l'offesa, non debba essere stata volontariamente provocata dal soggetto che si difende, invocando poi il beneficio della scriminante. Una parte consistente della dottrina e della giurisprudenza ritengono che il requisito dell'involontarietà del pericolo lo si debba considerare come un requisito tacito, implicito alla natura dell'esimente. L'art. 52 c.p., infatti, nell'esigere esplicitamente il requisito della necessità della difesa, comporterebbe, come suo precipitato, il fatto che la situazione di pericolo per un diritto proprio od altrui non possa essere realizzata volontariamente dal soggetto poi aggredito⁴⁹.

La necessità di difendersi proprio in questo caso viene meno perché si tratta di un'aggressione voluta dallo stesso soggetto⁵⁰ che deve successivamente di-

⁴⁷ Nello stesso senso, PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 4° ed., Milano, 1993, 433.

⁴⁸ MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, Milano, 1964, 68; VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, cit., 591; nella manualistica CANESTRARI - CORNACCHIA - DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., 621; anche PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 9° ed. (agg. Militello, Parodi Giusino, Spena), Milano, 2020, 497, nel ritenere questa interpretazione più rispettosa della *littera legis*, MARINUCCI - DOLCINI - GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 8° ed., Milano, 2019, 330; MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 5° ed., Milano, 2020, 324; intende invece la non volontaria causazione del pericolo con riferimento soltanto alla causa e non anche all'evento, persino se non voluta né prevista, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 288-289.

⁴⁹ Così GROSSO - PELISSERO - PETRINI - PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 3° ed., Milano, 2020, 328. Ritiene non applicabile il requisito dell'involontarietà del pericolo, affermando che la scriminante deve essere riconosciuta anche a colui il quale ha previsto ed accettato la situazione di pericolo M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., Art. 52, 14, 558.

⁵⁰ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 14° ed., Padova, 1997, 294-295; nello stesso

fendersi. Non si tratta allora di un'aggressione ad un diritto, per la quale, date le circostanze del caso, l'agente si trova nella necessità di attuare un'immediata reazione difensiva, ma piuttosto di una doppia aggressione⁵¹.

La legittima difesa non può essere riconosciuta a colui il quale volontariamente si sia andato a cercare - abbia provocato - la situazione offensiva⁵², poiché questa sua prima condotta è già di per sé illecita o quantomeno non socialmente adeguata, non meritevole di tutela da un punto di vista etico-sociale; il soggetto che si difende si è posto volontariamente in una situazione di pericolo e deve quindi sopportare tutte le conseguenze del caso.

Questa posizione si espone però a due ordini di obiezioni.

Da un punto di vista politico-criminale, si può osservare come, se è senz'altro vero e condivisibile che non si può ammettere una categoria di "giustizieri", è anche del pari inammissibile prevedere una categoria di "martiri" o "cavalieri", ai quali, perso il duello, l'ordinamento rifiuti presuntivamente di fornire protezione. Lo stesso comportamento provocatorio, inoltre, potrebbe non essere affatto illecito⁵³: si pensi, ad esempio, al caso di un soggetto che, seppur con battute taglienti o commenti inappropriati ma al di sotto della rilevanza penale, solleciti il pagamento di un debito realmente esistente e non ancora onorato, vantando quindi una legittima pretesa creditoria.

Ulteriore argomento, di tipo sistematico, attiene alla collocazione degli artt. 52 e 54 c.p.: la vicinanza delle due disposizioni fa ragionevolmente propendere per il fatto che l'assenza del requisito negativo dell'involontarietà del pericolo nella difesa legittima non sia stato dovuto a dimenticanza oppure ad una sottovalutazione da parte del legislatore del '30; ritenere il requisito implicito porterebbe l'interpretazione della disposizione verso un'estensione analogica *in malam partem*⁵⁴.

Le scriminanti dello stato di necessità e della legittima difesa hanno fondamenti, *rationes*, differenti ed è questo aspetto che, con tutta probabilità, spiega questa "assenza": nello stato di necessità è un terzo incolpevole a subire l'azione necessitata per impedire un danno grave alla persona, mentre nella

senso, nel ritenere mancante il requisito della necessità, MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 310.

⁵¹ PETTOELLO MANTOVANI, *Volontarietà del pericolo e legittima difesa*, in *Riv. pen.*, 1955, 2, 886.

⁵² Già NUVOLONE, *La legittima difesa del provocatore*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, 503.

⁵³ Il requisito dell'involontarietà del pericolo sarebbe implicito nella difesa legittima proprio sulla base del carattere ingiusto dell'offesa: SABATINI, *Provocazione e legittima difesa*, in *Foro it.*, 1936, 11, 54. In PADOVANI, *Diritto penale*, 12° ed., Milano, 2019, 207, si afferma che: «[M]olte delle situazioni in cui la scriminante viene negata per la volontarietà del pericolo, possono essere più convincentemente escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 52 c.p. per il difetto del requisito della "costrizione"».

⁵⁴ GROSSO, *Il requisito della produzione non volontaria del pericolo*, cit., 81-82.

legittima difesa la reazione difensiva è rivolta contro l'aggressore per difendere un diritto dell'aggredito o di terzi, contro un'offesa ingiusta⁵⁵.

A queste obiezioni si somma la considerazione che, in realtà, nella legittima difesa il requisito della necessità riguarda il momento in cui il pericolo si è già concretizzato - il pericolo infatti deve essere attuale - e non un momento o una situazione, anche se di poco, antecedente; il requisito della necessità allora non viene meno perché - se si è già verificata l'insorgenza del pericolo - colui che si difende, anche se ha volontariamente contribuito al verificarsi della situazione offensiva, ha comunque in quel preciso momento la necessità di difendersi⁵⁶.

Pare dunque corretto sostenere, anche per evitare il rischio di interpretazioni di tipo analogico *in malam partem* o addirittura *contra legem*, che la scriminante della legittima difesa vada riconosciuta soltanto nei casi in cui la causazione della situazione di pericolo, cioè del «pericolo attuale di un'offesa ingiusta», venga realizzata con un dolo rafforzato, quindi in modo preordinato, al fine di prepararsi una scusa⁵⁷, mentre non vada concessa in tutti gli altri casi, quindi anche nel caso di una provocazione volontaria ma non preordinata.

La preordinazione si caratterizza come una qualifica, un aspetto eventuale dell'intensità che assume il dolo, qualora il soggetto abbia provocato intenzionalmente la situazione di pericolo proprio con l'obiettivo di realizzare la fattispecie di reato, per poi invocare a sua discolpa la legittima difesa. L'assunto trova conforto e corrispondenza anche in altre disposizioni codicistiche, come nell'art. 87 c.p. sullo stato preordinato di incapacità di intendere e di volere e nel 2° comma dell'art. 92 e nell'art. 93 c.p. dell'ubriachezza o intossicazione preordinata.

La preordinazione in molti suoi aspetti strutturali è esattamente sovrapponibile al concetto di premeditazione (art. 577, 1° comma, n. 3 c.p.) caratterizzato da due elementi: il primo, psicologico, rappresentato dal fatto che nella psiche dell'agente vi permanga una decisione o una intenzione criminosa ferma ed irrevocabile, che rappresenta di conseguenza una particolare intensità del dolo (*ex art. 133 c.p.*); il secondo elemento, di tipo cronologico, costituito da un intervallo di tempo tra il momento in cui l'agente elabora il piano crimino-

⁵⁵ DALIA, *Offesa ingiusta e fatto ingiusto altrui*, in *questa Rivista*, 1963, 49 ss.

⁵⁶ GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, cit., 101-102; FIERRO CENDERELLI, *Legittima difesa e provocazione. Rilievi comparatistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 4, 1398-1399.

⁵⁷ CONTENUTO, *Liceità apparente e responsabilità penale nella difesa legittima e nello stato di necessità*, Roma, 1956, 325; GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, cit., 90; prima ancora DELITALA, *Osservazioni e proposte sul progetto preliminare di un nuovo codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, 1928, III, 1, 418.

so al momento cui si decide a darne pratica attuazione, intervallo di tempo tale da permettere all'agente di riflettere sulla decisione assunta e di risolverla nella commissione del fatto di reato⁵⁸.

Orbene, il diniego al riconoscimento della legittima difesa nei soli casi di provocazione preordinata e non anche nei casi di provocazione semplicemente colposa o dolosa non genera una discriminazione sul piano sanzionatorio e anzi si presenta rispettosa del dettato codicistico senza forzare il contenuto della disposizione. Non si tratta a ben vedere di una "ingiustizia", ma si è di fronte a due situazioni (oggettive e soggettive) differenti che devono essere trattate anche dal punto di vista sanzionatorio in modo diverso: se la situazione di legittima difesa non era stata creata in modo preordinato, il provocato risponderà del reato commesso beneficiando eventualmente della circostanza attenuante della provocazione, mentre il provocatore potrà beneficiare, sussistendone tutti gli elementi, della scriminante della legittima difesa.

La provocazione di regola non si concretizza in una fattispecie di reato - e quando avviene, come nel caso della diffamazione (con l'ulteriore requisito dell'immediatezza), la reazione del provocato ha natura esimente e non attenuante⁵⁹ - e ben può il soggetto provocato non reagire, desistere da una reazione aggressiva; il soggetto, poi, potrebbe reagire alla provocazione senza oltrepassare la soglia dell'illiceità.

Non si può a priori negare al soggetto provocatore la possibilità di difendersi per il solo fatto della provocazione, rinunciando in questo modo alla tutela di beni giuridici (come l'incolumità fisica) di rango superiore rispetto agli interessi eventualmente lesi o compromessi dall'iniziale condotta provocatoria.

6. La rilevanza degli elementi soggettivi delle scriminanti. Attribuire una corretta rilevanza agli elementi soggettivi delle scriminanti, così come una loro piena valorizzazione, permette di definire con maggior precisione i confini e l'essenza del contesto illecito e quindi, in definitiva, quando e a quali condi-

⁵⁸ Cass., Sez. un., 18 dicembre 2008, n. 337, Antonucci, in *C.E.D. Cass.*, 241575.

⁵⁹ È controversa la natura scriminante o scusante dell'esimente della provocazione nei reati contro l'onore. Una parte della dottrina ritiene che si tratti di una scusante, cioè di una causa di esclusione della colpevolezza (FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, t. I, *I delitti contro la persona*, 4° ed., Bologna, 2013, 116; anche MARINUCCI - DOLCINI - GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 425, che tratta la provocazione anche tra le scusanti in generale nei reati dolosi) o comunque di una causa "anomala" (particolare) di non punibilità per un difetto di colpevolezza (F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Delitti contro la persona*, 7° ed., Milano, 2019, 259), mentre altra parte della dottrina la considera una causa di giustificazione (MARINI, *Delitti contro la persona*, 2° ed., Torino, 1996, 241).

zioni possa agire una causa di giustificazione, soprattutto in seguito ad una condotta provocatoria.

La “scoperta” degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione è in realtà un falso mito: non si è trattato di una *Entdeckung* vera e propria, quanto piuttosto di una sua lenta ma continua affermazione e valorizzazione⁶⁰. Se di scoperta degli aspetti soggettivi si può parlare, questa può essere attribuita a M. E. Mayer, che conferì agli elementi soggettivi un carattere strutturale all'interno dell'antigiuridicità, come elementi propri della categoria, nell'ambito di una prospettiva teleologicamente orientata indipendentemente dalle peculiarità strutturali delle singole scriminanti⁶¹. Sarà poi con i contributi di A. Hegler, E. Mezger e L. Zimmerl che la teoria degli elementi soggettivi dell'antigiuridicità si affermerà nella dottrina tedesca della prima metà del Novecento, acquisendo rapidamente ampia condivisione⁶².

Certamente l'affermazione degli elementi soggettivi dell'antigiuridicità, com'è risaputo, ha trovato una sponda e un supporto concettuale rilevante nell'elaborazione della teoria finalistica dell'azione di H. Welzel⁶³ e prima nella concezione normativa della colpevolezza di H. von Weber, già delineata anni prima da R. Frank⁶⁴.

⁶⁰ Su questo, v. WAIDER, *Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts*, Berlin, 1970, 177 ss. Anche se nell'impostazione belinghiana all'interno dell'antigiuridicità non trovavano spazio alcuno aspetti legati all'interiorità, alla psiche dell'agente, la dottrina tedesca non ha mai escluso in modo categorico la rilevanza di elementi soggettivi (almeno di alcuni) nella valutazione dell'antigiuridicità.

⁶¹ MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg, 1915, 185 ss.

⁶² MEZGER, *Die subjektiven Unrechtselemente*, in *Der Gerichtssaal*, 1924, 207 ss.; HEGLER, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs*, in *Festschrift für Frank*, Tübingen, 1930, I (rist. Aalen, 1969), 251 ss.; ZIMMERL, *Aufbau des Strafrechtssystems*, Tübingen, 1930, 115 ss.

⁶³ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11. Aufl., Berlin, 1969, 129 ss. e *passim*. In argomento, cfr. M. GALLO, *La teoria dell'azione finalistica nella più recente dottrina tedesca*, Milano, 1950, *passim*; SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli, 1955, 182 ss.; DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 19 ss.; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 127 ss.; AA.VV., *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, a cura di Moccia, Napoli, 2007, *passim*. Il pensiero welzeliano nell'affermare il finalismo dell'azione, cioè la caratteristica intrinseca di intenzionalità che l'azione deve possedere, non limitata quindi al solo paradigma causale, porterà, com'è noto, ad una anticipazione del dolo e della colpa nel fatto tipico. L'illecito penale, infatti, a differenza di quello civile, è contraddistinto dalla previsione e dalla governabilità che l'agente possiede sul decorso eziologico derivante dalla propria condotta; la sola realizzazione dell'evento allora è di per sé incapace a spiegare compiutamente il suo disvalore.

⁶⁴ FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, in *Festschrift für die juristische Fakultät in Giessen*, Giessen, 1907, 524 ss.; VON WEBER, *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, Jena, 1935, 12 ss.

In una prospettiva post-welzeliana, adottando una sistematica bipartita moderna, cioè una struttura del reato scomposta negli elementi essenziali dell'illecito (*Unrecht*) - il fatto tipico caratterizzato da una sua dimensione oggettiva e soggettiva e non scriminato - e della colpevolezza (*Schuld*)⁶⁵ che, svuotata del dolo e della colpa, rappresenta la sede di valutazione del rapporto tra fatto e autore, decostruendo l'inattuale categoria dell'antigiuridicità formale-obiettiva (della *formelle Rechtswidrigkeit*)⁶⁶, le scriminanti vengono trattate come elementi a sé stanti, eventuali, spostando così l'attenzione sul piano veramente importante e pieno di contenuti della giustificazione del reato⁶⁷. Partendo allora da una costruzione personale e umanizzata dell'illecito penale, in cui è il disvalore d'azione che sostiene e anzi anticipa il disvalore dell'evento, ne consegue che l'elisione dell'interno disvalore del fatto non possa prescindere dalla considerazione degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione.

Un elemento soggettivo nella giustificazione non può mai mancare, dal momento che se la tipicità del fatto, come detto, è oggettivamente e soggettivamente caratterizzata, per annullare il disvalore di azione e quello di evento sarà dunque necessaria la presenza di un doppio "contro-valore", oggettivo e soggettivo, tale da rendere il fatto scriminato e conforme all'ordinamento⁶⁸.

Vi è una doppia dimensione della soggettività nella giustificazione del reato: la prima, che è comune a tutte le cause di giustificazione, si risolve nella conoscenza della loro presenza; la seconda, specifica e interna alla struttura della singola scriminante - che assume rilievo dirimente nei casi di provocazione - riguarda soprattutto alcune scriminanti, come la difesa legittima e lo stato di

⁶⁵ La teoria del reato qui seguita è stata elaborata da DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., *passim*; ID., *Teoria del reato*, cit., *passim*.

⁶⁶ Sulla "crisi" della categoria dell'antigiuridicità nella sistematica del reato, v. DONINI, *Antigiuridicità e cause di giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 4, 1647-1648; ID., *Il "posto" delle scriminanti nel diritto penale moderno*, in AA.VV., *Il penale nella società dei diritti*, a cura di Donini - Renzo Orlandi, Bologna, 2010, 233 ss.; per considerazioni critiche sulla categoria, pur sostenendone comunque la sua validità, cfr. VASSALLI, *La dottrina italiana dell'antigiuridicità*, in *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, Berlin, 1985, I, 427 ss.

⁶⁷ DONINI, *Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi: un rapporto possibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 3, 1096, con ulteriori richiami.

⁶⁸ SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova, 1980, 99; DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 189 (spec. nt. 103), secondo il quale l'"incontro" tra un fatto tipico soggettivamente caratterizzato con una norma scriminante comporta anche una caratterizzazione e valorizzazione in chiave soggettiva della causa di giustificazione; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 205; SCHIAFFO, *Le situazioni "quasi scriminanti" nella sistematica teleologica del reato. Contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli, 1998, 177 ss.; CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti*, cit., 461 ss.

necessità⁶⁹, che richiedono (oltre alla loro conoscenza) ulteriori requisiti di natura psicologica che *naturae convenienter* rendono il suo perimetro applicativo più incerto⁷⁰.

Ed invero, soprattutto in una dimensione processuale, le scriminanti non si comportano tutte allo stesso modo. Quando in dottrina si parla di «posizioni» e «situazioni» scriminanti⁷¹ si delineano di fatto due categorie di esimenti:

⁶⁹ Sull'applicabilità dell'art. 119 c.p. in relazione alla classificazione delle scriminanti in base all'art. 70, nn. 1 e 2 c.p., cfr. le posizioni di M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, 33 ss. e 83 ss. e GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, cit., 366 ss. (spec. 375) che distinguono le scriminanti in oggettive e soggettive qualora incidano rispettivamente o sulla tipicità o sulla lesività della fattispecie incriminatrice; PAGLIARO, *Il reato*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale*, diretto da Grosso - Padovani - Pagliaro, Milano, 2007, 412-414, sostiene invece che non sia possibile una distinzione netta tra cause oggettive e soggettive e che si debba guardare alla struttura della scriminante calata nel caso concreto se sia in grado di segnare la condotta di uno o di tutti i correi.

⁷⁰ In particolare, con riguardo al concetto di "costrizione" nella difesa legittima, v. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi*, cit., 58-59; SCHIAFFO, *L'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione: prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 4, 1003; DONINI, *L'errore sulle scriminanti*, in AA.VV., *Codice penale. Parte generale, Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da Bricola - Zagrebelsky, I, Torino, 1996, 732 ss.; ANGELINI, *L'elemento soggettivo nella scriminante della legittima difesa*, in *Ind. pen.*, 2001, 1, 191 ss.; *contra* PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 207-208, per un'interpretazione invece in chiave oggettiva. Per l'incidenza degli elementi soggettivi nel giudizio di proporzione nello stato di necessità, G.V. DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, cit., 82 ss. Per una valorizzazione di alcuni aspetti soggettivi nelle cause di giustificazione, anche se soltanto in una prospettiva *de lege ferenda*, M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1, 61 e 65 ss.

⁷¹ DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 2, 715 ss. Lo stesso avviene quando si suddividono da una parte le cause di giustificazione del consenso dell'avente diritto, dell'esercizio di un diritto e dell'adempimento di un dovere, e dall'altra le «reazioni giustificate in situazioni di necessità», cioè legittima difesa, stato di necessità e uso legittimo delle armi (suddivisione presente in PULTANÒ, *Diritto penale*, 3^a ed., Torino, 2009, 279, poi superata nelle edizioni successive), oppure quando si parla di «scriminanti tacite» (NUVOLONE, *I limiti taciti*, cit., 58 ss.). Opera una distinzione simile DIAMANTI, *Il diritto incerto. Legittima difesa e conflitto di beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 3, 1360 ss.; anche SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, cit., 313 ss., che suddivide le scriminanti in "diritti" e "giustificazioni", nel quadro di una più ampia ricostruzione del tema della giustificazione basata sul principio dell'esercizio di un diritto. Pone in evidenza alcuni di questi aspetti, pur all'interno di una differente suddivisione CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, 2018, 142 ss. e 160 ss.; con riferimento all'art. 51 c.p., cfr. PAGLIARO, *Fatto, condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 3, 623 ss. Questa differenza tra le scriminanti riguarda soprattutto la dimensione dell'accertamento della loro sussistenza in sede giudiziale, perché, per quanto concerne la loro struttura, è esattamente il contrario: le scriminanti incerte sono paradossalmente quelle più tassative, con una definizione normativa più determinata, mentre quelle certe sono in sostanza dei "libri aperti", nelle quali il diritto o il dovere è definito in altre fonti o rimesso ad altri; la stessa estensione analogica *in bonam partem* è senz'altro possibile per le scriminanti certe, ma alcune fondate riserve possono essere sollevate nel caso di una scriminante incerta, la quale tuttavia presenta nella sua struttura una maggiore determinatezza.

quelle che riguardano una «posizione», nella quale l'agente si trova (spesso, non sempre) in una situazione ordinaria; quelle più incerte, nelle quali il soggetto giustificato si trova ad essere in una «situazione» particolare, anomala⁷². È quindi senz'altro vero che le scriminanti si atteggiano come regole di condotta, mentre le scusanti come regole di giudizio⁷³, ma questa distinzione non sempre è così evidente perché ciò che le può accomunare è la loro carica soggettiva.

6.1. (Segue). In particolare, nei casi di provocazione. Lo sconvolgimento di natura emotiva causato dalla rabbia per aver subito un fatto ingiusto è in grado di causare una situazione tale da far perdere la capacità di autocontrollo, così da condurre, in sede di colpevolezza, ad una ponderata valutazione sulla possibilità di attenuare o addirittura escludere l'applicazione della pena⁷⁴.

⁷² Un approfondito discernimento del fondamento politico-criminale della giustificazione ha portato, in anni passati, alcuni studiosi d'Oltralpe a mettere in discussione l'inflessibile distinzione tra cause di giustificazione e scusanti, portando così a proporre un percorso sistematico alternativo, proponendo per talune situazioni particolari una "categoria di mezzo". Tra le teorie che hanno prospettato questa categoria, due in particolare hanno avuto una certa risonanza: quella dello «spazio libero dal diritto», compiutamente elaborata all'inizio degli anni '70 da Arthur Kaufmann (*Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung. Dargestellt am Problem des Schwangerschaftsabbruchs*, in *Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972, 327 ss.; in termini critici con riguardo al tema dell'eutanasia DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, 3, 906-907; la difficile sostenibilità dello *rechtsfreier Raum* proprio sulle questioni di bioetica era già stata rilevata da Hirsch, Yamanaka e Roxin); quella elaborata da Günther, delle cause di esclusione dell'illecito penale, che non eliminano né l'antigiuridicità né la colpevolezza, ma eliminerebbero l'esigenza di una sanzione, la meritevolezza della pena; la condotta, pur non essendo approvata dall'ordinamento non sarebbe contraddistinta da un grado particolarmente apprezzabile di illiceità: GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsauschluss. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Köln, 1983, 89 ss. e 380 ss.

⁷³ DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 41; ID., *Critica dell'antigiuridicità*, cit., 720-721, partendo dalla differenza fra *justification* ed *excuse* di Fletcher (FLETCHER, *Rethinking Criminal Law* (1978), Oxford-New York, 2000, 457 ss.; per riferimenti giusfilosofici sul tema si rimanda a HART, *Il concetto di diritto* (*The Concept of Law*, 1961), trad. di Cattaneo, Torino, 2002, 97 ss. e 156-157, che distingue tra norme primarie e secondarie e intende l'esimente come eccezione ad una regola generale rappresentata dal precetto), a sua volta basata sulla distinzione formulata da DAN-COHEN, *Decision Rules and Conduct Rules: on acoustic Separation in Criminal Law*, in *Harvard LR*, 1984, 625 ss.; richiami anche in VIGANO, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, cit., 166 ss. Come regole di giudizio, è così soprattutto nel reato colposo, dove la valutazione sulla dimensione soggettiva della colpa, sul piano della colpevolezza, cioè la verifica della presenza o meno di scusanti, anche di scusanti specifiche della colpa - perché non poteva essere esigibile un comportamento diverso - riguarda soprattutto regole non codificate, che vengono in rilievo nel caso concreto: puntualmente su questo aspetto DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1, 147 ss.

⁷⁴ Su questi aspetti, v. in particolare nella letteratura di *common law*, ASHWORTH, *The doctrine of Provocation*, in *Cambridge LJ*, 1976, 35, 292 ss.; HORDER, *Provocation and Responsibility*, Oxford,

La provocazione è quindi una questione prettamente psicologica, una questione interna alla psiche dell'agente che può riguardare aspetti di non facile dimostrazione, come ad esempio l'indole di provocatore e provocato. Onde evitare che l'accertamento sulla provocazione e il conseguente stato d'ira si risolva nella misurazione del livello di suscettibilità, è necessario procedere ad una valutazione allineata ad alcuni parametri predefiniti.

I requisiti (oggettivi e soggettivi) individuati dalla giurisprudenza di legittimità per il riconoscimento dell'attenuante della provocazione sono: *a)* il «fatto ingiusto altrui», che non consiste soltanto in un comportamento contrario a norme di legge, a regole giuridiche, ma in un qualsiasi fatto che nell'ambito di un determinato contesto collettivo e momento storico possa ritenersi contrario a regole sociali e morali o comunque immotivato; *b)* lo «stato d'ira», cioè una situazione psicologica nella quale si perdono i poteri di autocontrollo con una contestuale manifestazione di impulsi aggressivi incontenibili; *c)* un nesso causale di natura psichica tra l'offesa e la reazione, che si traduce in una azione che deve avere carattere di adeguatezza rispetto alla provocazione e non di stretta proporzionalità, sebbene non eccessivamente sproporzionata, al fine di individuare un legame psicologico tra offesa e reazione difensiva⁷⁵. A questi requisiti si deve aggiungere per la provocazione come causa di non punibilità anche *d)* l'immediatezza della reazione, da intendersi come un «legame di interdipendenza tra reazione irata e fatto ingiusto subito»⁷⁶.

Il punto di incontro, sul piano positivo, tra la circostanza attenuante della provocazione e la (provocazione della) legittima difesa è dato dall'elemento dell'offesa ingiusta.

Il discrimine si basa sulla valutazione dell'ingiustizia – e non anche necessariamente dell'illiceità – della condotta provocatoria, anticipando inevitabilmente l'analisi della dimensione soggettiva rispetto a quella oggettiva, così da valutare la reale intenzione del soggetto che ha suscitato la reazione aggressiva, per comprendere la portata del disvalore complessivo del fatto.

1999, 68 ss.; SPAIN, *The role of emotions in Criminal Law Defences. Duress, Necessity and Lesser Evils*, Cambridge, 2011, 7 ss. e 65 ss. Nello specifico, sui casi di provocazione della legittima difesa, v. ROBINSON, *Causing the Conditions of One's Own Defense: A Study in the Limits of Theory in Criminal Law Doctrine*, in *Virginia LR*, 1985, 71, 1 ss.

⁷⁵ Elementi costanti nella giurisprudenza: Cass., Sez. I, 13 giugno 2017, n. 52766, in *C.E.D. Cass.*, 271799; Cass., Sez. I, 14 novembre 2013, n. 47840, *ivi*, 2585454; Cass., Sez. I, 8 novembre 2011, n. 5056, *ivi*, 251833; Cass., Sez. I, 8 aprile 2008, n. 16790, *ivi*, 240282.

⁷⁶ Secondo un orientamento consolidato, v. da ultimo Cass., Sez. V, 8 gennaio 2021, n. 3204, in *Dir. e giust.*, gennaio 2021.

Partendo proprio da queste premesse, la questione, piuttosto tormentata e discussa, sul carattere illecito dell'iniziale condotta provocatoria, per stabilire cioè se la prima reazione difensiva (e aggressiva) possa beneficiare di una qualche forma di giustificazione, risulta piuttosto ridimensionata e ricondotta nell'ambito dei parametri prima delineati per la circostanza attenuante, quindi secondo una nozione ampia di ingiustizia⁷⁷.

È necessario piuttosto fare seriamente i conti con la scriminante e con il contesto nel quale opera.

Il giudizio, peraltro, non riguarderebbe il *quantum* della condotta provocatoria, cioè l'intensità del dolo, come previsto e richiesto, ad esempio, dall'art. 20, comma 4, n. 3) del *Código penal* spagnolo - «*Falta de provocación suficiente por parte del defensor*» - quanto piuttosto l'*an*, cioè il carattere intrinseco della provocazione, caratterizzata in questo particolare contesto dalla volontà di suscitare una reazione aggressiva-difensiva del provocato, così da aggredirlo impunemente. Bisognerà, dunque, valutare se dietro al primo atteggiamento provocatorio si nasconda altro, non una "semplice" provocazione, bensì una condotta provocatoria preordinata a suscitare una reazione difensiva, a realizzare un vero e proprio inganno, una "trappola".

Il problema del *quantum* della provocazione (della scriminante) è tendenzialmente irrilevante, perché il provocatore sarà comunque portato a rincarare la dose per realizzare il suo piano criminoso e riguarda solo la configurabilità della circostanza attenuante e non anche i casi di provocazione della scriminante.

Colui che provoca in modo preordinato una situazione offensiva non agisce secondo le finalità della norma scriminante: la sua condotta non è portatrice di un "contro-valore" positivo ammesso e tutelato dall'ordinamento, capace di eliminare il disvalore d'azione che caratterizza l'illecito che si vorrebbe giustificare, anzi il soggetto provocatore si rappresenta la scriminante solo ed esclusivamente con finalità illecite per arrecare un danno al provocato. L'agente deve conoscere l'esistenza della scriminante e agire secondo le finalità sottese alla norma esimente che autorizza una tale condotta.

Quando la scriminante si fonda su un diritto o un dovere "debole"⁷⁸ (artt. 52, 53 e 54 c.p.), non potrà in alcun modo atteggiarsi come un elemento negativo del fatto: in questi casi è sempre necessaria una verifica processuale, poiché

⁷⁷ Nello stesso senso anche HWANG, *Die Provokation der Notwehr*, Herbolzheim, 2003, 12 ss.

⁷⁸ I concetti di diritto debole e forte, inteso quest'ultimo come facoltà di agire, risalgono a VON WRIGHT, *Norma e azione. Un'analisi logica (Norm and Action. A Logical Enquiry)*, London-Henley, 1963) Bologna, 1989, 131 ss.

l'esimente rifiuta qualsiasi tipo di presunzione di liceità e necessita sempre di una verifica perché si sta discutendo di fatti problematici e pericolosi⁷⁹. Elemento comune e peculiare di queste scriminanti è quello di essere caratterizzate dall'elemento della necessità, di rilevare solo in una situazione necessitata, percepita come tale da chi *re-agisce*; questo spiega l'esigenza di circoscrivere la loro azione giustificante entro limiti molto stringenti⁸⁰.

L'azione provocatoria, posta in essere proprio per suscitare una reazione da parte del provocato così da poterlo aggredire impunemente, è di per sé portatrice di un disvalore d'azione che non si annulla in alcun modo, creando così una situazione di base illecita, che in una valutazione complessiva del fatto, effettuata *ex post*, rimane tale, perché vengono meno gli elementi soggettivi – che sono essenziali – della scriminante⁸¹.

7. La posizione della giurisprudenza. Legittima difesa e delitto di rissa. Risulta costante nella giurisprudenza di legittimità l'indirizzo che intende il «pericolo volontariamente causato» di cui all'art. 54 c.p. anche nel senso di un pericolo provocato colposamente: hanno stabilito, a tale riguardo, i giudicanti che lo stato di necessità non è invocabile da colui il quale si sia posto in una situazione di pericolo di un danno grave alla persona per sé o per altri, in seguito ad un suo precedente comportamento colposo⁸².

⁷⁹ La verifica processuale, beninteso, non necessariamente deve avvenire in sede dibattimentale, potendosi arrestare anche alla fase delle indagini preliminari con un'archiviazione del procedimento oppure all'esito dell'udienza preliminare con una sentenza di non luogo a procedere. Sull'inversione dell'onere probatorio che solitamente si verifica in sede processuale sulla dimostrazione dell'esistenza di una causa di giustificazione, v. D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, 1959, *passim*; S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli, 2007, 151 ss.; IACOVIELLO, *La costruzione processuale delle scriminanti*, in AA.VV., *Il penale nella società dei diritti. Cause di giustificazione e mutamenti sociali*, cit., 273 ss.; CORDA, *Ricostruzioni dogmatiche e dinamiche probatorie; l'imputabilità penale tra colpevolezza e affermative defences*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1, 238 ss.

⁸⁰ Per l'affermazione di queste caratteristiche della legittima difesa, v. GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964, 134; anche CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., 143-144. Per una sistematizzazione della categoria del "contesto", v. DIAMANTI, *Scriminanti incomplete e giudizi controfattuali. Contributo a uno studio sull'imputazione dell'illecito penale*, Torino, 2019, 73 ss.

⁸¹ Sulla questione dello stato di necessità da trattare sempre come una causa di giustificazione, secondo una teoria unitaria, anche qualora venisse eliminato soltanto il disvalore d'azione, ma non anche quello dell'evento, poiché il risultato sarebbe comunque considerato negativamente dall'ordinamento, v. nella letteratura penalistica spagnola GIMBERNAT ORDEIG, *Der Notstand: ein Rechtswidrigkeitsproblem*, in *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlin - New York, 1974, 485 ss.; ID., *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1976, 118 ss.; LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, 1978, 243 ss.; ID., «Actio illicita in causa» y provocación en las causas de justificación, in *ADPCP*, 1994, 61 ss.; CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho penal*, Madrid, 1984, 311 ss.

⁸² Cass., Sez. II, 14 aprile 2015, n. 19714, in *C.E.D. Cass.*, 263533.

Tale orientamento, nella casistica, ha trovato conferma, ad esempio, nella vicenda di una bancarotta commessa dai soci amministratori, che avevano distratto beni dal patrimonio societario, per soddisfare con immediatezza le pretese creditorie degli usurai, poiché gli stessi amministratori avevano creato in modo volontario un pericolo per le sorti dell'impresa, potendolo evitare con il ricorso ad altre fonti di finanziamento⁸³; nel caso di un ufficiale di polizia giudiziaria che aveva ceduto sostanza stupefacente ad un suo agente infiltrato all'interno di un'organizzazione criminale, per proteggere la sua incolumità, dopo che erano circolate notizie sulla stampa sul fatto che quel soggetto sarebbe stato un collaboratore della polizia, difettando sia il requisito della involontarietà sia quello dell'inevitabilità, dal momento che la situazione pericolosa era stata causata volontariamente dall'ufficiale e accettata dall'agente e tale situazione poteva essere evitata o aggirata con l'allontanamento dell'infiltrato dal *clan* e con l'impiego delle misure di protezione previste dalla legge⁸⁴.

Piuttosto discussa è, invece, la questione dell'applicazione dello stato di necessità nel caso di situazioni di particolare indigenza, al fine di soddisfare bisogni essenziali della persona. A fronte di alcune aperture registrate in dottrina, la Cassazione ha sempre escluso la possibilità di configurare l'esimente ogniqualvolta si possa provvedere alla situazione di indigenza e di bisogno facendo ricorso agli enti e agli istituti a ciò preposti, perché difetterebbero in questi casi sia l'attualità che l'inevitabilità del pericolo⁸⁵.

Il requisito della involontarietà del pericolo viene solitamente esteso in giurisprudenza, senza fornire peraltro motivazioni o porsi particolari problemi, anche alla scriminante della legittima difesa⁸⁶.

A più riprese, infatti, la Suprema Corte ha statuito che: «La determinazione volontaria dello stato di pericolo esclude la configurabilità della legittima dife-

⁸³ Cass., Sez. V, 31 ottobre 2014, n. 10542, in *C.E.D. Cass.*, 262726.

⁸⁴ Cass., Sez. III, 10 marzo 2011, n. 18896, in *C.E.D. Cass.*, 250283.

⁸⁵ Cass., Sez. III, 11 maggio 2016, n. 35590, in *Riv. dir. ind.*, 2017, 4-5, II, 549; nel senso di ammettere il riconoscimento dello stato di necessità, pur entro limiti rigorosi, per occupazioni abusive di immobili, al fine di soddisfare, da parte di soggetti in grave stato di bisogno, impellenti esigenze di protezione e riparo Cass., Sez. II, 19 marzo 2003, n. 24290, in *C.E.D. Cass.*, 225447, di recente anche Cass., Sez. II, 30 ottobre 2019, n. 10694, *ivi*, 278520; Cass., Sez. II, 9 ottobre 2020, n. 35024, *ivi*, 280304.

⁸⁶ Il requisito della involontarietà del pericolo è considerato implicito nella struttura della scriminante, alla luce dei requisiti già espressi dall'art. 52 c.p. dell'attualità del pericolo e dell'ingiustizia dell'offesa: Cass., Sez. I, 2 aprile 1992, n. 6931, in *Cass. pen.*, 1994, 8-9, 1994; Cass., Sez. I, 18 giugno 1990, n. 9843, *ivi*, 1991, 10, 1969; F. SIRACUSANO, *Difesa legittima*, in CADOPPI - CANESTRARI - MANNA - PAPA, *Trattato di diritto penale. Parte generale, Il reato*, Torino, 2013, II, 369, anche per ulteriori riferimenti. Per gli orientamenti della giurisprudenza sulla legittima difesa, v. altresì AA.VV., *Argomenti di diritto penale giurisprudenziale*, a cura di Rosi - Epidendio, in corso di pubblicazione.

sa non per la mancanza del requisito dell'ingiustizia dell'offesa, ma per difetto del requisito della necessità della difesa, sicché l'esimente non è applicabile a chi agisce nella ragionevole previsione di determinare una reazione aggressiva, accettando volontariamente la situazione di pericolo da lui determinata»⁸⁷.

Un orientamento minoritario, che però ha trovato anche qualche seguito, più ossequioso della lettera della disposizione scriminante, ha invece stabilito che: «La configurabilità della legittima difesa, a differenza di quanto avviene con riguardo allo stato di necessità, non è di per sé esclusa dalla volontaria accettazione di una situazione di pericolo, ma solo dalla già prevista necessità di dover fronteggiare quel pericolo mediante la commissione di un reato, come si verifica nel caso dell'accettazione di una vera e propria "sfida" (comportando questa, per sua natura, un inevitabile pericolo per la propria incolumità personale, fronteggiabile solo con la lesione dell'incolumità altrui), mentre non si verifica quando ci si limiti semplicemente ad esporsi a possibili (ma non assolutamente certe) iniziative aggressive altrui, senza essere a propria volta animati da alcun intento aggressivo»⁸⁸.

Per quanto concerne l'elemento dell'involontarietà nell'art. 52 c.p., la questione è stata sovente affrontata dal diritto pretorio in rapporto al delitto di rissa (art. 588 c.p.). Al riguardo, le statuizioni dei giudici di legittimità sono (quasi) tutte concordi nel ritenere non applicabile al reato in discorso la causa di giustificazione, dal momento che tutti i corrissanti sono solitamente motivati dall'intenzione di offendersi reciprocamente, accettando così la situazione pericolosa nella quale in modo volontario si sono posti e pertanto un'eventuale difesa da un'aggressione non potrebbe considerarsi necessaria⁸⁹.

L'aspetto centrale di questa argomentazione si basa proprio sull'intenzione che hanno i soggetti coinvolti di offendersi reciprocamente. La giurisprudenza attribuisce particolare importanza agli elementi soggettivi della causa di giustificazione, arrivando così ad escluderla proprio con riguardo alla volontà aggressiva che anima i corrissanti.

Le eccezioni al principio di diritto appena enunciato si fondano anch'esse sulla valutazione e valorizzazione di aspetti di natura psicologica: la legittima

⁸⁷ Cass., Sez. I, 14 febbraio 2006, n. 15025, in *Cass. pen.*, 2007, 5, 2064; Cass., Sez. I, 9 novembre 2011, n. 2654, in *C.E.D. Cass.*, 251834; sostanzialmente nello stesso senso, anche se con minori spiegazioni Cass., Sez. I, 13 settembre 2017, n. 56330, *ivi*, 272036.

⁸⁸ Così Cass., Sez. I, 9 gennaio 2004, n. 9606, in *C.E.D. Cass.*, 227222; anche Cass., Sez. V, 7 giugno 2007, n. 27008, in *Guida al dir.*, 2007, 30, 68.

⁸⁹ *Inter alia*, Cass., Sez. V, 19 febbraio 2015, n. 32381, in *C.E.D. Cass.*, 265304; Cass., Sez. V, 9 ottobre 2008, n. 4402, *ivi*, 242596. Tale orientamento implicitamente conferma il carattere plurioffensivo del reato di rissa (contro l'incolumità individuale e contro l'ordine pubblico e l'incolumità pubblica).

difesa può essere riconosciuta, nell'ambito di una rissa, soltanto quando un soggetto ne abbia preso parte solamente per scopi difensivi, per opporsi alla violenza di altri soggetti, senza alcuna intenzione aggressiva e di sopraffazione, oppure nel caso in cui lo sfidante ponga in essere o comunque minacci un'offesa più grave e pericolosa di quella prevista ed accettata all'inizio della colluttazione⁹⁰.

8. La mancanza di costrizione e il fine della giustificazione. Considerazioni conclusive. Sebbene la teoria della *a.i.i.c.* presenti, come si è detto, diverse debolezze concettuali nella sua costruzione e anche nelle sue diverse declinazioni, prende le mosse da una considerazione senz'altro giusta e condivisibile: impedire a colui che provoca ad arte una condotta aggressiva altrui, al solo scopo di uccidere, ledere o recare comunque pregiudizio al soggetto provocato, l'impunità per mezzo di una scriminante.

L'art. 52, 1° comma, c.p., elenca, tra gli altri, il requisito della costrizione che costituisce il secondo momento, specifico della scriminante, di valutazione degli elementi soggettivi, essenziali per la sua applicazione.

Così argomentando, non sarà allora necessario prendere in prestito dall'art. 54 c.p. il requisito dell'involontarietà del pericolo - ritenendolo implicito - per poi giustificarlo variamente, utilizzando altri elementi della scriminante, perché in colui che intenzionalmente e in modo preordinato provoca la reazione aggressiva non si potrà ravvisare una costrizione: la reazione difensiva del provocato è deliberatamente desiderata e cercata, proprio per poterlo attaccare e sopraffarlo.

Gli arresti della giurisprudenza di legittimità sembrano ben comprendere questi aspetti, valorizzando proprio l'intenzione dell'agente, la cui condotta, nel caso di una provocazione preordinata, non sarà sostenuta da un *animus defendendi*, bensì da un *animus nocendi*. Non si potrà rinvenire alcuna costrizione in colui il quale sia posto volontariamente in una situazione di peri-

⁹⁰ Cass., Sez. V, 30 novembre 1978, n. 1804, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1980, 404. Di recente, in senso conforme anche Cass., Sez. V, 8 ottobre 2020, n. 33112, in *C.E.D. Cass.*, 279972. Nel caso di una offesa più grave e imprevedibile: Cass., Sez. V, 16 novembre 2006, n. 7635, in *C.E.D. Cass.*, 236513; Cass., Sez. I, 14 dicembre 1992, n. 710, in *Cass. pen.*, 1994, 8-9, 2089. Per l'importanza attribuita dalla giurisprudenza agli elementi soggettivi delle cause di giustificazione, v. l'ampia rassegna, anche se molto datata, ma comunque ancora valida, di RIZ, *La teoria generale del reato nella dottrina italiana. Considerazioni sulla tripartizione*, in *Ind. pen.*, 1981, 3, 614 ss.; altri riferimenti più attuali in M. MANTOVANI, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, Bologna, 2014, 85 ss., proprio sul rapporto tra legittima difesa e rissa.

colo, con piena consapevolezza e persino con l'unico obiettivo di suscitare una prima reazione difensiva a cui replicare.

La creazione di un contesto di illiceità, che si fonda proprio sullo scopo preso di mira dal soggetto provocatore, preclude a costui la possibilità di reagire all'aggressione del provocato e proprio in questo specifico senso l'*actio* è semmai *illicita* nella sua *causa*. Da un punto di vista probatorio-processuale, non si tratterebbe peraltro di ricercare una prova impossibile: colui che si è posto in maniera preordinata in una situazione pericolosa avrà anche preparato adeguatamente la propria difesa, in modo tale da avere facilmente la meglio sulla persona provocata⁹¹.

È una questione di rischio consentito o, in alcuni casi, di adeguatezza sociale, di imputazione obiettiva e di dolo da prendere in considerazione congiuntamente e non per compartimenti stagni; rischio non consentito che in questo caso si tradurrà di frequente in una sua pressoché istantanea concretizzazione, quindi in un pericolo concreto.

Ecco perché – e questa ne è un'ulteriore dimostrazione – non è il fatto ad essere un indizio dell'antigiuridicità, ma semmai il contrario⁹². Se ha ancora un senso l'antigiuridicità generale, questa dovrebbe essere analizzata prima del fatto tipico, non dopo, perché il fatto è già indice della sua illiceità. Vi è sempre più spesso un'illiceità che bisogna comprendere prima, di cui bisognerebbe avere già consapevolezza⁹³.

L'unica eccezione, nel senso dell'impunità del provocatore (a fronte, come detto, di una provocazione volontaria nello stato di necessità e preordinata nella legittima difesa), è quella già individuata dalla giurisprudenza nel caso di

⁹¹ Sull'accertamento e gli indici indicativi del dolo, cfr. M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi urbinati*, 1951, 24 ss.; ID., voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 767; HASSEMER, *Caratteristiche del dolo*, trad. di Canestrari, in *Ind. pen.*, 1991, 3, 481 ss.; MASUCCI, *"Fatto" e "valore" nella definizione del dolo*, Torino, 2004, 28 ss.; MARENGHI, *Criteri di accertamento del dolo*, in *Studium iuris*, 2006, 11, 1311 ss.; DEMURO, *Il dolo*, II, *L'accertamento*, Milano, 2010, *passim*. Sulla prova di una provocazione intenzionale della legittima difesa, cfr. KIEFNER, *Die Provokation bei Notwehr*, cit., 3 ss.; LOOS, *Zur Einschränkung des Notwehrrechts wegen Provokation*, in *Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag*, Köln-Berlin-Boon-München, 1999, 235 ss.

⁹² DONINI, *Teoria del reato*, cit., 232 ss.; ID., *Critica dell'antigiuridicità*, cit., 715-716.

⁹³ Per una recente rilettura della "norma secondaria" alla luce dei principi costituzionali, cfr. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti*, cit., 366 ss.; CORNACCHIA, *Lex imperfecta: ciò che sopravvive della Normentheorie di Binding nella dottrina penale*, in *Criminalia*, 2016, 347 ss. Considerava la struttura della fattispecie già impregnata di un suo disvalore etico-giuridico, di cui la tipicità del fatto ne era diretta espressione MORO, *L'antigiuridicità penale*, Palermo, 1947, 132. Parla di «pre-comprensione etico-amministrativa» con particolare riferimento ai reati contro la pubblica amministrazione DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in *questa Rivista*, 2020, 2, 2-3.

una reazione assolutamente spropositata e completamente diversa rispetto a quella preventivata dal provocatore, cioè una reazione che fuoriesca dall'ambito della prevedibilità, creando di fatto una situazione nuova e diversa, tale da superare l'originario contesto illecito.

Per garantire una maggiore precisione del perimetro applicativo della scriminante, si potrebbe *de iure condendo* aggiungere al già "tormentato" art. 52 c.p. l'espressa previsione della sua inapplicabilità a colui che ha provocato l'offesa al solo scopo di arrecare un danno, con la sua difesa, all'aggressore.

Una soluzione differenziata, dunque, tra difesa legittima e stato di necessità, che tenga conto dell'importanza degli aspetti soggettivi nella giustificazione del reato e delle diverse basi su cui si fondano le singole scriminanti, affinché si possa eliminare l'illiceità del fatto.