

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MODENA E
REGGIO EMILIA**

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PENALE
(NELL'AMBITO DELLA SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE
GIURIDICHE
"LA CULTURA GIURIDICA EUROPEA DELL'IMPRESA E DELLE
ISTITUZIONI")
XXVII CICLO**

**TESI DI DOTTORATO IN
DIRITTO PENALE**

**LO STATO DI NECESSITÀ
SCUSANTE**

TUTOR

Chiar.mo Prof. Donato Castronuovo

CANDIDATA

dott.ssa

Venera

Cariddi

Direttore della Scuola: Chiar.mo Professore Aljs Vignudelli

LO STATO DI NECESSITÀ SCUSANTE

INDICE

CAPITOLO I

Evoluzione dello stato di necessità

1. Le origini dello stato di necessità.....p. 3
2. La formulazione della norma nei codici preunitari e nel codice Zanardelli....p. 9
3. L'art. 54 c.p. del codice Rocco....p. 13
4. Giustificazione e scusa, una possibile lettura differenziata....p. 26
 - 4.1 Tra logica oggettiva e soggettiva: conseguenze... p. 30
5. Le altre ipotesi di necessità regolate dal codice. Cenni...p. 33
6. L'attuale rilievo pratico dello stato di necessità... p. 41
7. Lo stato di necessità e l'azione dei pubblici poteri...p. 58

CAPITOLO II

Stato di necessità scusante

1. Necessità scusante e concetto materiale di colpevolezza..... p. 68
2. Una lettura in senso scusante dell'art. 54.... p. 73
 - 2.1. Il pericolo e la sua fonte... p. 74
 - 2.2. L'attualità... p. 77
 - 2.3. L'involontaria causazione....p. 78
 - 2.4. La costrizione... p. 84
 - 2.5. Il danno grave alla persona.... p. 88
 - 2.6. L'inevitabilità altrimenti.... p. 93
 - 2.7. La proporzione.... p. 97
 - 2.8. Il particolare dovere di esporsi.... p. 101
 - 2.9. Il soccorso di necessità... p. 102
 - 2.9.1. Segue: l'ipotesi del soccorso contro la volontà dell'interessato..... p. 103

CAPITOLO III

Profili comparatistici

1. L'esperienza tedesca...p. 107
 - 1.1.Lo stato di necessità nel codice del 1871....p. 107
 - 1.2.Le norme dell'attuale StGB: 34 der rechtfertigende Notstand...
p. 113
 - 1.2.1.1. Segue: 35 der entschuldigende Notstand...p. 119
 - 1.3.Alcune applicazioni pratiche...p. 128
 - 1.4.Lo stato di necessità e l'azione dei pubblici poteri... p. 132
 - 1.5.Le altre ipotesi generali nell'ordinamento tedesco:
228 e 904 BGB...p . 137
2. Cenni all'esperienza di altri ordinamenti....p. 141
3. Lo stato di necessità nel diritto internazionale...p. 146

BIBLIOGRAFIAp. 150

CAPITOLO I

1. Le origini dello stato di necessità; 2. La formulazione della norma nei codici preunitari e nel codice Zanardelli; 3. L'art. 54 c.p. del codice Rocco; 4. Giustificazione e scusa, una possibile lettura differenziata; 4.1 Tra logica oggettiva e soggettiva: conseguenze; 5. Le altre ipotesi di necessità regolate dal codice. Cenni; 6. L'attuale rilievo pratico dello stato di necessità; 7. Lo stato di necessità e l'azione dei pubblici poteri.

1. Le origini dello stato di necessità

Sebbene nel diritto antico e in quello intermedio non si rinvenga una teoria dello stato di necessità così come lo concepiamo noi oggi¹, alcune delle fattispecie citate nelle fonti romanistiche possono essere ricondotte, in senso lato, al paradigma dello stato di necessità; ciò, tuttavia, senza che possa esserne evinta una *ratio* unitaria².

¹ Pare che nel diritto romano il soggetto non commettesse reato se, non potendo tutelare i suoi diritti senza sacrificare quelli degli altri, ledeva un diritto meno o egualmente importante di quello in pericolo. Le suddette fattispecie, quindi, sembrano affrontate facendo ricorso al principio del bilanciamento degli interessi in gioco, cfr. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1920, p. 277

² Più volte nel Digesto di Ulpiano ricorre la fattispecie di abbattimento dell'edificio in fiamme da parte del proprietario dell'edificio vicino che teme il propagarsi dell'incendio al fabbricato di sua proprietà, chiarendo in proposito la non esperibilità dell'azione aquiliana, argomentata o per la mancanza di *dolus malus* o per il riconoscimento della forza cogente del *iustus metus* originata dalla situazione. Ancora è prevista la possibilità di tagliare le funi dell'ancora della nave altrui impigliatesi con l'ancora della propria nave; ovvero si esclude la punibilità dell'accusato di un delitto sanzionato con pena capitale, se corrompe il delatore per salvare la propria vita; è permesso a genitori liberi vendere come schiavi i propri figli, in deroga alle costituzioni imperiali, se in condizioni di indigenza. L'Autore rinviene il fondamento di tali esenzioni nel riconoscimento dell'influenza, sulla volontà dell'agente, di un pericolo imminente; tuttavia ammette che in altri passi il fondamento dell'esenzione debba invece rinvenirsi nella ripartizione contrattuale dei danni subiti in situazioni eccezionali, com'è ad esempio per il getto delle merci in acqua finalizzato ad evitare l'affondamento della nave, coperto dall'accettazione contrattuale del rischio connesso alla navigazione. In tal senso VIGANÒ,

Nelle fonti romane, infatti, dove il metodo casistico prevale sulle concettualizzazioni dogmatiche, non si rinviene una norma generale, ma si disciplinano nel dettaglio fattispecie, nelle quali è possibile riconoscere il minimo comune denominatore nell'esistenza di un pericolo a cui è permesso sottrarsi compiendo azioni che, altrimenti, sarebbero punite.

Nel diritto intermedio³ il concetto della necessità e della sua possibile natura esimente viene ricollegato soprattutto al furto⁴; ciò tuttavia, sempre senza un fondamento giuridico chiaro, tanto che potrebbe trattarsi di un limite al diritto di proprietà più che di una manifestazione dello stato di necessità.

Quanto al brocardo latino *necessitas legem non habet, sed ipsa sibi facit legem*, si ritiene che esso sia da ricondurre ad una matrice canonistica. Nei testi sacri antichi, infatti, si afferma che nei casi di contrasto tra la vita e la proprietà, la necessità rende lecito ciò che la legge dichiara illecito⁵. Tra gli esempi, primo tra tutti, la liceità del furto posto in essere per fame o grave indigenza. Allo stesso tempo, però, continua ancora a mancare un riconoscimento in termini di esimente ad efficacia generale dello stato di necessità al di fuori delle

Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti, Milano, 2000, pp. 36 e ss.

³ Il diritto intermedio non conosce alcun principio generale in base al quale possa essere esclusa, in forza della necessità, la responsabilità penale di una persona in relazione alla commissione di un crimine o di un delitto.

⁴ Era permesso al viandante tagliare legna sul fondo altrui per scaldarsi, farvi pascolare il cavallo o raccogliere una modica quantità di frutta per sfamarsi.

⁵ Sempre VIGANÒ, *Stato*, cit., pag. 38. I passi determinanti sono quelli del Deuteronomio in cui si consente al viandante di mangiare uva senza farne provvista e di cogliere spighe senza usare la falce, e quelli dei Vangeli in cui si narra che il Maestro e i discepoli, passando un sabato tra le messi, avendo fame ne colsero, suscitando scandalo non certo perché avessero commesso furto, ma perché così facendo avevano violato l'obbligo del riposo settimanale; si segnala poi che, in alcuni testi, viene invocata la necessità a giustificare il reato di suicidio, se commesso per preservare la castità.

singole ipotesi prese in considerazione, laddove per le altre trasgressioni dovute a necessità, viene in soccorso il concetto di comprensione dell'umana fragilità che porta ad una punizione meno grave, senza che però si arrivi mai alla rinuncia del rimprovero⁶.

Per quanto riguarda i pratici tra il medioevo e l'età moderna, essi subiscono l'influenza della dottrina canonistica⁷ ma non riescono a determinare una più esatta ragione giustificatrice di tali situazioni esimenti, oscillando sempre tra posizioni più oggettive fondate sul criterio di scelta del male minore e tra criteri più soggettivi basati sempre sulla comprensione per *l'humana fragilitas*.

Manca ancora una chiara riflessione in termini generali e strutturali, riflessione che viene affrontata per la prima volta dai giusnaturalisti del Seicento⁸, i quali affermano il diritto naturale di usare, in situazioni di grave necessità, le cose altrui *tamquam si communes mansisset*, ritenendo che, a causa della situazione necessitata, le cose altrui ridivengano comuni.

La necessità diviene pertanto una limitazione del diritto di proprietà e di ogni altra norma e viene ad operare pur in assenza di una puntuale previsione espressa: per tale ragione essa viene ad essere considerata in una ottica pre-giuridica.

⁶ Si ritiene di sanzionare le azioni necessitate, anche se solamente con penitenze e digiuni, perché si ritiene che chi agisce costretto dal timore del pericolo imminente sceglie pur sempre liberamente di compiere un male per sottrarsi ad un altro male.

⁷ VIGANÒ, *Stato*, cit., pag. 40 e ss, ricorda i nomi di Bartolo e Bonifacio, che ritennero conforme a giustizia sia umana che divina consentire all'uomo affamato di appropriarsi di alimenti altrui; l'Autore trova tracce di evidente influenza della dottrina canonistica nella *Constitutio Criminalis Carolina* del 1533, laddove si prevede la non punibilità del furto di alimenti commesso per salvare sé, la moglie e i figli dalla morte per inedia.

⁸ GROZIO, *De iure belli ac pacis*, 1758, l. II, c. II. § VI, 1 ss, pag. 96, prende le mosse da un'impostazione inequivocabilmente 'oggettiva', anche se di matrice filosofica più che giuridica, postulando l'esistenza di un vero e proprio diritto di servirsi delle cose altrui in gravissima necessità.

Viceversa, la dottrina giusnaturalistica post-groiziana, più vicina e sensibile alle esigenze di una società basata sui commerci e più in generale sui traffici economici, sposta le sue argomentazioni su criteri di natura più soggettiva, salvando, da un lato, l'integrità del diritto di proprietà e affermando, dall'altro, che la necessità non è un criterio pre-legale in quanto è la legge stessa a prevederla, stabilendo un trattamento di favore per chi si pone contro l'ordinamento in situazioni di carattere eccezionale.

Questi spunti, anche se lontani dal fornire una compiuta teorica penalistica sullo stato di necessità, pongono le basi per le riflessioni di Pufendorf, il quale elabora un' autentica teoria dello stato di necessità, riconducendo le molteplici ipotesi necessitate ad unità e inserendo le stesse all'interno degli studi relativi alla teoria dell'imputazione del fatto al suo autore⁹.

Questa studi si fondano sul concetto di matrice aristotelica dell'azione volontaria, incentrata sulla volontà dell'uomo e sul presupposto della libertà e della conoscenza. L'uomo può essere chiamato a rispondere solo di un atto compiuto con volontà e solo un atto volontario può essere a lui imputato, questi i sono i postulati da cui muove questa riflessione. Ciò presuppone la possibilità di agire diversamente¹⁰, possibilità che viene meno quando, appunto, si

⁹ VIGANÒ, *Stato*, cit., pag. 43, Questa dottrina venne recepita a chiare lettere dalle prime codificazioni settecentesche: il Codex Iuris Bavarici Criminalis del 1751, la Constitutio Criminalis Theresiana del 1768, la Constitutio Josephina del 1787, l'Allgemeines Landrecht del 1794. Il legislatore muove da una scelta di imputabilità delle azioni coatte, e considera tali cause incidenti sulla misura dell'imputazione, che viene così diminuita. MANZINI, *Trattato*, cit., pag. 277, invece riconduce la prima compiuta analisi giuridica sul tema, nel XVII secolo, ad una monografia del brandeburghese Strykio (1640-1710), che definì lo stato di necessità come una vis compulsiva et cogens, che fa fare ciò che altrimenti non si farebbe, rendendo lecito ciò che per legge non lo sarebbe.

¹⁰ O semplicemente diminuenti, dal momento che si sta discutendo di concetti graduabili, sono da annoverarsi in primo luogo ignoranza e violenza; ve ne sono poi altre

agisce in stato di necessità. Le azioni prese in considerazione sono da un lato volontarie, in quanto il soggetto sceglie di commettere un male per evitarne un altro, dall'altro involontarie, in quanto il soggetto avrebbe scelto altrimenti se avesse potuto sottrarsi al male in altro modo.

In un sistema così delineato, però, continuano a mancare precise regole per l'imputazione di dette esimenti, potendo talvolta evitarsi l'imputazione, talaltra ammetterla ¹¹. Viene, inoltre, successivamente precisato che, quando un individuo è minacciato da un pericolo per la vita e l'incolumità fisica, ed è così in gioco il suo istinto di autoconservazione, viene meno l'imperativo di obbedienza alla legge, e ciò per la benevolenza del legislatore che rinuncia a pretendere l'eroismo dai sudditi, sottolineandosi, con ciò, la natura del tutto discrezionale dei confini della non imputabilità delle azioni necessitate.

I principi fondamentali della dottrina dell'imputazione e l'inserimento in essa della previsione sullo stato di necessità vengono recepiti, nell'Ottocento, dalla dottrina dominante ¹² e dalle codificazioni¹³.

che, incidendo sul momento intellettuale o volitivo dell'atto, tolgono al soggetto la "possibilità di agire diversamente". Tra queste: minore età, infermità di mente, coazione morale, ubriachezza e, appunto, stato di necessità.

¹¹ Cfr. per successive elaborazioni che seguono questa scia, di matrice spiccatamente soggettivistica: BOEHMER, *Elementa jurisprudentiae criminalis*, II ed., 1738, I, II, §28. RENAZZI, *Elementa iuriscriminalis*, IV ed., 1794, I, pag. 54. CREMANI, *De iure criminali*, 1741, I, I, cap. IV, § 1. (tutti citati da VIGANÒ, *Stato*, cit., pag. 45 e ss.). FILANGERI, *La scienza della legislazione*, Venezia, 1822, , IV, capo LVII dell'impunità, pag. 125.

¹² ROSSI, *Trattato di diritto penale*, trad. it. annotata da Pessina, 1896, citato da VIGANÒ, *Stato*, cit., pag. 45.

¹³ Per i codici italiani preunitari si veda oltre.

In termini opposti, Hegel nel 1820¹⁴ individua per le situazioni eccezionali un vero e proprio 'diritto di necessità' che va ben oltre la logica della comprensione dettata da ragioni di equità e di benevolenza, affermando che colui il quale si trova in immediato pericolo di vita, ha tutto il diritto di ledere l'altrui diritto di proprietà quando non abbia modo di salvarsi diversamente¹⁵.

Questa formulazione, sebbene riproponga il concetto di necessità come costrizione, muove da postulati nuovi e nuovo è il sistema generale in cui inserisce il principio della liceità dell'azione necessitata¹⁶.

L'idea del conflitto, poi, viene successivamente generalizzato dai penalisti post-hegeliani, i quali arrivano a giustificare per la difesa della vita umana la lesione di diritti diversi rispetto a quelli del patrimonio e giungono alla formulazione del principio secondo cui il diritto qualitativamente o quantitativamente inferiore deve cedere a quello superiore¹⁷.

In questo periodo si specificano, infatti, le ipotesi di necessità e, accanto a quelle riferibili al bilanciamento di interessi, emergono tutte quelle ipotesi in cui il conflitto coinvolge, viceversa, diritti dello

¹⁴ HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, a cura di Vincenzo Cicero, con testo tedesco a fronte, Milano, 1996.

¹⁵ Nella gerarchia di diritti descritta dal filosofo tedesco, quando si verifica un conflitto tra due diritti, non c'è illecito se la condotta lede un diritto di rango inferiore per la tutela di quello di rango più elevato.

¹⁶ Il filosofo tedesco, individuando una gerarchia di diritti graduata sull'intensità, via via crescente, con cui si manifesta la libertà autocosciente dello spirito, pone su un primo gradino la proprietà; più in alto l'integrità fisica, e a livello più elevato ancora, la vita; sopra tutti, poi, lo Stato. L'illecito viola uno di questi diritti, ma altro è che leda la libertà dello spirito solo per quella parte che si manifesta nel diritto di proprietà, altro e ben più grave, è che la leda nella sua intera estensione manifestandosi nel diritto alla vita. La prevalenza della vita sul diritto di proprietà risulta quindi come principio generale:

¹⁷ BERNER, *De impunitate propter summam necessitatem proposita*, 1861, citato da VIGANÒ, *Stato*, cit., pag. 59 e ss.

stesso rango che non sono ovviamente paragonabili tra di loro¹⁸.

La ricerca di una sintesi tra il lato oggettivo e lato soggettivo della necessità è ancora al centro di un dibattito mai sopito, ma prima di affrontare la disciplina normativa attuale e le tematiche che essa ancora apre, è bene proseguire con una breve disamina delle codificazioni precedenti, così da rinvenire il risvolto di natura positiva delle citate posizioni filosofiche.

2. Le formulazioni della norma nei codici preunitari e nel codice Zanardelli

I codici preunitari non prevedono¹⁹ una specifica regolamentazione dello stato di necessità e la non punibilità dell'agente in situazioni necessitate viene solitamente ricondotta alle norme sulla "forza irresistibile"²⁰, figura nella quale trovano sintesi le diverse forze di coazione come la forza maggiore, la coazione assoluta e la coazione relativa.

Per citare alcuni esempi possiamo fare riferimento all'art. 99 del codice penale sardo del 1839 che recita "Non vi ha reato se l'imputato trovavasi in istato di assoluta imbecillità, di pazzia o di morboso furore quando commise l'azione, ovvero se vi fu tratto da una forza alla quale non poteva resistere"²¹, oppure all'art. 34 del

¹⁸ La c.d. Differenzierungstheorie di Berner sarà attentamente esaminata oltre.

¹⁹ Nella legislazione penale italiana preunitaria non si trova invero alcuna disposizione che faccia riferimento allo stato di necessità, nemmeno in relazione a singole categorie di delitti come invece si rinviene per la legittima difesa. Tuttavia la dottrina del tempo considera la necessità come una delle cause che riducono o escludono l'imputazione soggettiva del fatto al suo autore, e questo perchè la condotta posta in essere sotto la minaccia di un grave e imminente pericolo è da considerarsi coatta e, pertanto, non naturalisticamente e giuridicamente riferibile all'uomo. Cfr GROSSO, *Necessità*, in *ED*, XXVII, Milano, 1977, p. 882.

²⁰ Modellate sull'art. 64 del codice napoleonico.

²¹ MEZZETTI, "Necessitas non habet legem"? *Sui confini tra 'impossibile' ed 'inesigibile'*

codice toscano che dispone che “Le violazioni della legge penale non sono imputabili, quando chi le commise non ebbe coscienza dei suoi atti e libertà d’elezione”²².

Nelle parti generali dei codici, come detto, manca una norma specifica per lo stato di necessità e non la punibilità nelle particolari situazioni necessitate è ancora giustificata da ragioni di equità in linea con la visione giusnaturalistica precedentemente descritta.

Per una prima previsione legislativa a carattere generale dello stato di necessità dobbiamo attendere il codice Zanardelli del 1889, che all’art. 49 n. 3²³ statuisce “Non è punibile chi ha commesso il fatto: ... 3) per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri da un pericolo grave ed imminente alla persona, al quale non aveva dato volontariamente causa e che non si poteva altrimenti evitare”²⁴.

In questa formulazione e, per la prima volta, come autorevolmente sostenuto, lo stato di necessità viene enunciato “come un principio generale allo scopo di disciplinare quelle cause scriminanti, che venivano comprese sotto il concetto della forza irresistibile e della mancata libertà di elezione”²⁵.

nella struttura dello stato di necessità, Torino, 2000, pag. 46 cita anche l’art. 46 del codice parmense.

²² Codice penale per il Granducato di Toscana (1853), a cura di VINCIGUERRA, Padova, 1995. La lettera dell’art. 34 rappresenta la traduzione più pura della dottrina giusnaturalistica dell’imputazione soggettiva, e, secondo Viganò, è in tale prospettiva continua a difettare una norma apposita. VIGANÒ, *Stato*, cit., pag. 116.

²³ MEZZETTI, *Necessitas*, cit., pag. 47, lo definisce come la prima ‘codificazione moderna’, notando che continua ad essere rappresentata dalla dottrina delle scuole classica e positiva come un’ipotesi di costringimento (o costrizione) della formazione volitiva.

²⁴ Al n. 2 la scriminante della difesa legittima così formulata: “Non è punibile che chi ha commesso il fatto: ... 2) per esservi stato costretto dalla necessità di respingere da sé o altri una violenza attuale ed ingiusta”.

²⁵ FLORIAN, *Trattato di diritto penale. Dei reati e delle pene in generale*, vol. I, Milano, 1901, pag. 504.

La rinunzia del legislatore a punire è motivata questa volta da ragioni generalpreventive²⁶ e specialpreventive²⁷ e non di mera equità o benevolenza.

Per la dottrina italiana successiva al codice del 1889, tanto di ispirazione classica²⁸, quanto di ispirazione positivista²⁹, conformemente alla consuetudine antecedente, la norma neo-introdotta continua a rappresentare una causa di non punibilità riconducibile al processo di formazione della volontà.

Infatti, anche se l'idea di un fondamento oggettivo non può dirsi del tutto sconosciuta alla dottrina italiana³⁰, argomenti di natura sistematica e il tenore letterale fanno propendere l'opinione maggioritaria per una qualificazione in senso soggettivo della norma³¹.

²⁶ Nel senso che la minaccia della pena non vale invece ad intimidire i consociati in tali circostanze estreme ed è quindi inutile ed inopportuna, vedi Civoli in PESSINA, *Enciclopedia*, cit., vol. V, pag. 168. Nota altresì l'Autore che "oggettivamente l'azione di chi precipita in mare il compagno per non affondare insieme a lui, è altrettanto ingiusta, quanto quella, che si commette da chi getta nell'acqua colui, del quale vuole la morte non per salvare la propria vita, ma per soddisfare l'odio concepito contro di esso. La differenza grandissima, che intercorre fra queste due azioni, non riguarda che la loro parte soggettiva... però il carattere dell'ingiustizia impresso in un fatto dalla sua contrarietà all'ordine giuridico non è punto cancellato dalla sua attitudine a far sfuggire ad un pericolo mortale", PESSINA, *Enciclopedia*, cit., vol. V, pag. 161.

²⁷ Nel senso che il fatto non è invece indice di alcuna particolare pericolosità sociale dell'agente, FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, vol. I, 1926, pag. 504.

²⁸ PESSINA, *Manuale di diritto penale italiano, parte gen.*, I, Napoli, 1906, p. 84.

²⁹ FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928, p. 467: ID., *La teoria dell'imputabilità e la negazione del libro arbitrio*, Firenze, 1878, p. 533.

³⁰ Si rinviene un'eco delle teorie di Berner nelle parole di IMPALLOMENI, *Il codice penale italiano*, Firenze, 1904: "esso (il legislatore) ha limitata l'esenzione da pena alla tutela della persona, ed ha avuto cura di impedire che si potesse ritenere lecita qualunque lesione del diritto altrui, senza una causa grave di conservazione personale".

³¹ L'art. 49 infatti segue una serie di disposizioni dedicate ai criteri di imputazione soggettiva, dall'infermità mentale all'ubriachezza; c'è un esplicito riferimento alla 'costrizione'; i beni salvaguardabili sono limitati a quelli concernenti la persona che in modo più incisivo coinvolgono emotivamente l'agente, e manca un riferimento alla proporzione tra il bene sacrificato e quello salvaguardato. Queste scelte pongono il legislatore sulla scia di quella tradizione che vedeva lo stato di necessità come una situazione incidente sulla volontarietà della condotta e dunque riferito alla

Quanto all'esplicazione dei requisiti richiesti dalla norma occorre menzionare i concetti di gravità, imminenza e inevitabilità del pericolo nonché la sua non volontaria causazione³², precisando, al contempo, che la previsione trova applicazione solo³³ quando viene in gioco il bene vita³⁴.

(im)possibilità di imputare soggettivamente il fatto al suo autore. VIGANÒ, *Stato*, cit., pag. 120. Si veda, per la dottrina dell'epoca, Civoli in PESSINA, *Enciclopedia del diritto penale italiano*, vol. V, Milano, 1904, pag. 165.

³² MANZINI, *Trattato*, cit., pag. 286 e ss. Il pericolo deve essere grave, deve cioè comportare un "detrimento rilevante alla persona stessa": ad esempio non andrà esente da pena "la moglie che si renda adultera per essere il di lei marito impotente", perché l'ulteriore astinenza non implica per la donna un pericolo grave. La gravità va apprezzata dal giudice congiuntamente alle altre condizioni poste dalla legge, e così la donna incinta superstiziosa godrà della scriminante se rubò "per soddisfare una voglia, onde evitare il supposto pericolo che il feto nascesse imperfetto".

L'imminenza del pericolo implica che la verifica dell'evento dannoso non sia ancora cominciata o per lo meno non si sia già esaurita e che il danno incomba urgentemente sopra chi ne è minacciato, così che ogni dilazione aggraverebbe ancor di più la situazione. È poi indifferente che il pericolo venga allontanato da sé o da altri.

Nel caso in cui il reato commesso a salvamento si svolga sulla persona stessa del pericolante "non c'è più ingiustizia in rapporto ad alcuno, ma fatto lecito rispetto al subietto attivo e vantaggioso rispetto al subietto passivo". Il reato inoltre deve essere stato commesso per scampare da un pericolo al quale l'imputato non aveva dato volontariamente causa. La fonte del pericolo deve perciò risiedere in mere energie casuali (inanimate, subumane, o umane incoscienti), ovvero in forze umane imputabili a colpa del pericolante o poste in opera dolosamente da persona diversa da colui che agisce. Ulteriore condizione è l'inevitabilità altrimenti del pericolo, concetto da apprezzarsi "con riferimento a tutte le circostanze del fatto e all'opinione incolposa dell'agente". Sempre coloriti sono gli esempi proposti dall'Autore: "se una donna non maritata per non basire d'inedia, preferisce prostituirsi anzi che rubare, va impunita certamente per la contravvenzione alle norme sul meretricio; se essa invece, potendo elemosinare o anche rubare, si prostituisce per salvare dall'inedia il marito ignaro o consenziente, non potrà essere scusata, perché essa ha scelto, potendolo evitare, un reato che, oltre del dovere generale di obbedienza alla legge, importava anche la violazione dei doveri giuridici cui è soggetta la donna maritata". Ugualmente punibile sarà chi, potendo scegliere la fuga come mezzo sicuro di salvamento, preferì la commissione del reato. Se poi il fatto eccede solo in parte i limiti della necessità, potrà applicarsi la scusante dell'art. 50 c.p. Zanardelli.

³³ Il codice Zanardelli positivizza lo stato di necessità per le ipotesi di matrice soggettiva, omettendo, però, di disciplinare le situazioni risolvibili con un bilanciamento di interessi, anche se la relazione ministeriale fa intravedere la giustificazione a fortiori e su base oggettiva di alcune condotte, anche in assenza di norma espressa, purchè rivolte alla tutela di interessi attinenti la persona.

³⁴ Di contrario avviso PESSINA, *Enciclopedia*, cit., vol. V, pag. 165 "oltre alla collisione preveduta dal nostro codice, fra la conservazione della vita e l'osservanza di un divieto, può ancora verificarsi una collisione tra l'osservanza di norme giuridiche e la

Lo stato di necessità è quindi presentato come una “situazione individuale giuridicamente riconosciuta, per la quale chi in essa si trova, viene determinato, senza essere assolutamente coartato, a violare un comando penale a propria od altrui salvezza, e che ha per effetto di rendere impunito o meno punibile il reato, quando la causa di quella situazione non possa attribuirsi alla volontà dell’agente”³⁵.

3. La formulazione del codice Rocco: l’art. 54 c.p

Nella parte generale del codice penale l’art. 54 dispone al comma 1 che “Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato né altrimenti evitabile, sempre che il fatto

conservazione di un bene diverso da quello della vita. Dalla disposizione, che riconosce la non imputabilità dell’uccisione compiuta per salvarsi, giustamente si può argomentare, che tanto meno debba punirsi chi... per sottrarsi alla morte abbia soltanto danneggiata l’altrui proprietà, ma non è lecito estendere a chi abbia agito per salvarsi da una perdita pecuniaria o da un pregiudizio nell’onore un beneficio dalla legge accordato a chi sia stato spinto dal timore della morte”. Ipotesi di non punibilità di condotte tenute per salvarsi da altri pericoli, si danno infatti solo nei casi espressamente indicati dal legislatore nella parte speciale e in questa esauriti completamente.

³⁵ MANZINI, *Trattato*, cit., pag. 278 e ss. Nota il Manzini che “in siffatta ipotesi la legge, pur non concedendo né una autorizzazione né altra facoltà giuridica, rimette o attenua la pena incorsa per il fatto d’aver salvato... sé od altri mediante la violazione di un comando penale... Con ciò si diede riconoscimento giuridico ad un istinto che è in ogni uomo: quello di conservazione, elevato nella sua portata o limitato nei suoi eccessi egoistici dalla civiltà, ed in parte da essa sublimato...; si ridusse a norma di diritto una legge elementare di natura, per la quale la timidezza del cervo si muta in ferocia davanti al pericolo estremo, e la trepidità dell’allodola diventa eroismo per la salvezza dei nati”. E ancora che “non si tratta di un diritto subiettivo che appartenga al necessitato sopra i beni giuridici altrui..., sono soltanto circostanze che nel caso individuale concretano gli estremi per i quali lo Stato rinuncia alla potestà di punire, senza che per ciò sia tolto il carattere di reato al fatto commesso”. Sarebbe infatti “vano e ridicolo, talora anche immorale e impolitico” che la legge dicesse “io ti do il diritto o facoltà di rubare quando astenendoti ammaleresti”. Anche perché, nei casi estremi, “chi oserebbe dire che abbiamo compiuto un fatto conforme al diritto, se per salvare noi stessi od altri uccidiamo un innocente?”.

sia proporzionato al pericolo”.

I fondamentali requisiti dello stato di necessità non sembrano sostanzialmente modificati rispetto al codice previgente, e si sostanziano sempre nella presenza di una situazione di pericolo, da un lato, e nella condotta lesiva da parte del soggetto che versa in pericolo, dall’altro.³⁶ Nuovo è, invece, il requisito della proporzione tra il fatto e il pericolo³⁷.

Agli albori la norma viene interpretata in termini soggettivi, in quanto la dottrina continua a ricondurre la sua valenza alla clemenza del legislatore, oppure all’impossibilità di rimprovero di colpevolezza³⁸, al principio di inesigibilità³⁹, o ad un caso particolare di mancanza di *suitas*⁴⁰.

L’assenza di ogni spiegazione in termini oggettivistici dello stato di necessità nella Relazione al codice, ritenuta doverosa in caso di innovazione rispetto alla tradizione, la previsione dell’art. 119 che distingue tra esimenti di diversa valenza e il disposto dell’originario art. 59 co. 1, inducono infatti a ritenere che il legislatore non abbia inteso distaccarsi dalla tradizione, tanto di origine classica quanto di origine positivista, che ravvisa nel difetto di una volontà rimproverabile la *ratio* dello stato di necessità.

Intorno agli anni Sessanta si assiste ad una lettura della norma

³⁶ Si veda per tutti: MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pag. 275.

³⁷ Il requisito viene introdotto perché “non si trovasse ragione a dubitare che quel requisito fosse estraneo allo stato di necessità” Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, I, pag. 97.

³⁸ DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930.

³⁹ SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, 1948.

⁴⁰ GIULIANI, *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, Milano, 1970.

in senso prevalentemente oggettivo⁴¹ in quanto si riconduce la condotta necessitata nell'alveo delle scriminanti operanti sul piano dell'antigiuridicità⁴²; allo stesso tempo non manca chi, tra le voci di autorevole anche se minoritaria dottrina,⁴³ individua nella norma un fondamento di natura soggettiva che ne fa una causa di esclusione della sola colpevolezza⁴⁴.

Tra i sostenitori delle due tesi contrapposte⁴⁵, non sempre si riscontra uniformità di vedute nell'interpretazione dei requisiti previsti dalla norma⁴⁶.

Quanto alla costrizione, ossia quella situazione in cui il soggetto viene a trovarsi a causa di un pericolo, nella ricostruzione giustificante viene valutata obiettivamente secondo il parametro di

⁴¹ MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964 e Grosso, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964. Siffatta interpretazione sembra trovare conforto nella Relazione ministeriale sul progetto preliminare del codice penale, I, pag. 61: "l'ordinamento giuridico autorizza il privato ad esercitare, al cospetto di due beni giuridici in collisione, una facoltà protettiva di scelta, a sacrificare cioè l'uno (bene) per la salvezza dell'altro"

⁴² In questo senso si esprimono, ad esempio, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit.; CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933; NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2009, 241; GROSSO, *Difesa*, cit.; MANTOVANI, *Diritto*, cit.; MOLARI, *Profili*, cit.; DEL CORSO, *sub art. 54*, in PADOVANI, *Codice penale*, Milano, 2007, p. 433.

⁴³ In tal senso si esprimono, tra gli altri, DELITALA, *Il fatto*, cit.; DOLCE, *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale*, Milano, 1957; PISAPIA, *Istituzioni di diritto penale. Parte generale e parte speciale*, Padova, 1975; VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit..

⁴⁴ In ogni caso, vale sottolineare che sia che si rinvenga un fondamento giustificante ovvero scusante della norma, non si fa comunque questione di imputabilità: infatti, rispetto alle codificazioni preunitarie, l'art. 54 esclude la punibilità per un fatto costituente reato, mentre l'imputabilità dell'agente ne è presupposto. Né si fa questione di forza maggiore (art. 45 c.p.), incidendo tale costrizione sulla *suitas* della condotta ed escludendo l'attribuibilità psichica dell'azione al soggetto.

⁴⁵ HIRSH, *La posizione di giustificazione e scusa nel sistema del reato*, Traduzione di Fornasari, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, p. 759.

⁴⁶ Anche se vi è consenso nella circostanza di non poter trarre argomentazioni decisive, a favore dell'una o dell'altra tesi, dai requisiti della costrizione, dalla proporzione, dal pericolo, dalla sua inevitabilità e non volontaria causazione, dalla limitazione a beni personali esistenziali.

un osservatore esterno, indipendentemente dalla rappresentazione che se ne dà l'autore del fatto⁴⁷, anche se non si esclude del tutto l'esistenza di un nesso psicologico tra la realtà oggettiva e la determinazione ad agire. Per la ricostruzione soggettiva, invece, la costrizione è da intendersi come condizionamento psicologico che presuppone che l'autore si sia rappresentato la situazione condizionante. In ogni caso, si rileva che la coazione morale non annulla completamente qualsiasi possibilità di volere, governa l'azione pur non determinandola in maniera invincibile⁴⁸.

Quanto al pericolo⁴⁹, deve essere presente, attuale nel momento in cui il soggetto agisce: tuttavia l'interpretazione del dato può essere variamente modulata. Maggiormente rigorosa è quella che richiede "l'imminenza"⁵⁰ del danno derivabile dal pericolo e che, pertanto, richiede che il pericolo incombente sia individuato e circoscritto, e non ammette l'applicabilità della scriminante in presenza di avvenimenti meramente eventuali e futuri, né per quelli possibili o probabili⁵¹. Appare tuttavia preferibile la diversa lettura, per la quale è attuale il pericolo quando il danno può verificarsi in un futuro prossimo, purchè abbia una certa consistenza almeno nell'an e

⁴⁷ Grosso, *Difesa*, cit., pag. 240; MOLARI, *Profili*, cit., pag. 37-38.

⁴⁸ SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi*, cit., pag. 62-63.

⁴⁹ BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1982, pag. 392. Ribadisce il fatto che la volontà del pericolante non si forma completamente libera, ma non vuole ulteriormente indagare se il fondamento della scriminante sia da ritrovarsi nel piano dell'antigiuridicità o nell'impossibilità di muovere un rimprovero all'agente.

⁵⁰ A favore della tesi restrittiva si schierano: MAGGIORE, *Diritto Penale. Parte Generale*, Bologna, 1951, pag. 308. MANTOVANI, *Diritto*, cit., pag. 267. MANZINI, *Trattato*, cit., pag. 407. PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Torino, 1967, pag. 745. VANNINI, *Istituzioni di diritto penale*, Firenze, 1939, pag. 159.

⁵¹ Cfr. Cass. 14 gennaio 1987, Cass. Pen., 1988, pag. 1040; Co. Cass. 3 ottobre 1978, Cass. Pen., 1980, pag. 1091.

non si tratti di semplice timore dello stesso⁵² o di danni meramente eventuali e a carico di soggetti indeterminati⁵³. Può anche trattarsi di ‘pericolo perdurante’⁵⁴: di un pericolo la cui verifica è così probabile che sono subito da prendere le misure necessarie per la protezione del bene⁵⁵.

La dottrina, poi, concorda sull’irrilevanza della fonte del pericolo, il più delle volte scaturito dalle forze cieche della natura: basta pensare al caso del naufrago che per salvarsi è costretto a respingere in mare il compagno o all’escursionista che infrange la finestra di una baita per ripararsi dalla tempesta. Ma può derivare anche dall’azione illecita di un altro uomo: si avrà allora legittima difesa se il pericolante si rivolge direttamente contro l’aggressore e stato di necessità se andrà a ledere il diritto di un terzo che con la minaccia non ha a che fare⁵⁶.

Un’ipotesi interessante viene prospettata quando la minaccia deriva da ‘non- azioni’ o da azioni conformi a regole di diligenza: si

⁵² Cass. 6 aprile 1987, Riv. Pen., 1988, pag. 1020.

⁵³ Cass. 14 gennaio 1987, Cass. Pen., 1988, pag. 1040.

⁵⁴ Romano- Grasso, Commentario, cit., pag. 535.

⁵⁵ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., pag. 267. sostengono che sia sufficiente che il rinvio della condotta comporti un peggioramento delle chance di salvezza del bene: per questa via si apre la porta ad un’azione anticipata per impedire l’aggravamento delle potenzialità lesive del pericolo; tuttavia DOLCINI-MARINUCCI, *Codice*, cit., pag. 518 ritengono che così interpretato il requisito perda ogni capacità selettiva, poiché ogni situazione di pericolo è suscettibile di aggravamento in mancanza di intervento immediato.

⁵⁶ Nulla osta a che legittima difesa e stato di necessità siano riconosciuti in capo allo stesso soggetto che compie un’azione plurioffensiva. Il rapporto di conflittualità che si instaura in una situazione necessitata viene tradizionalmente descritto come un rapporto ‘trilatero’, in contrapposizione al rapporto ‘bilaterale’ che si crea in una situazione in cui si dà legittima difesa. Nei casi sussumibili nella fattispecie dell’art. 52 c.p., chi subisce un’ingiusta aggressione si può rivolgere contro l’aggressore per la difesa del proprio diritto: i poli del conflitto, quindi, sono l’aggressore da cui deriva il pericolo di un’offesa ingiusta e l’agredito che si difende. Nei casi sussumibili nell’art. 54, invece un rischio mette a repentaglio un pericolante legittimato a difendersi e viene scaricato su di un terzo innocente: queste tre posizioni rappresentano gli apici di un triangolo.

parla a proposito di casi di stato di necessità difensivo provocato dall'uomo⁵⁷.

La scriminante viene poi esclusa nel caso di volontaria causazione in quanto, considerando la vocazione equitativa dello stato di necessità, la sua operatività non può che essere tenuta entro certi limiti; "è giusto"⁵⁸, infatti, pretendere che il soggetto si astenga dal provocare volontariamente il pericolo e stabilire che, qualora invece lo cagioni, ne sconti tutte le conseguenze. Ponendo tale requisito, l'ordinamento evita il determinarsi di una situazione in cui è la scelta del male minore ad imporsi e riduce al minimo il verificarsi di situazioni di conflitto⁵⁹. Va precisato che è sufficiente che l'esposizione al pericolo non sia cagionata da chi agisce in stato di necessità, e non già da colui a favore del quale si agisce⁶⁰.

Per quanto riguarda il requisito della proporzione, questa è da intendersi come un rapporto di conveniente equilibrio, che non va stabilita sul paradigma del bilanciamento di interessi, ma piuttosto accertata sulla base di un confronto tra i mezzi difensivi che il soggetto aveva a propria disposizione ed i mezzi in concreto usati⁶¹: quindi, anche se il fatto incide su di un bene la cui lesione rappresenta un danno più rilevante di quello evitato, il fatto sarà scriminato se i mezzi usati erano gli unici idonei ad allontanare il

⁵⁷ Cfr. ROXIN, *Der durch Mensch ausgeloste Defensivnotstand*, Berlin, 1985. Per una versione tradotta dei passi significativi, vedi ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, ESI, 2012 pag. 297 e ss.. Si individuano altri due casi accanto a quelli citati: la perforazione del feto e l'aggressione soltanto imminente.

⁵⁸ MOLARI, *Profili*, cit., pag. 66.

⁵⁹ MOLARI, *Profili*, cit., pag. 70-71.

⁶⁰ E' infatti scriminato il soccorso di necessità anche nei confronti del terzo pure se il pericolo è stato volontariamente causato da questi, giacché il soggetto non può fare sicuro affidamento sull'intervento del soccorritore e ciò rappresenta già una sufficiente remora perché si astenga dall'esporsi volontariamente al pericolo

⁶¹ MOLARI, *Profili*, cit., pag. 76.

pericolo.

In sostanza, la proporzione esiste non solo quando tra i beni esiste un rapporto di eguaglianza, ma anche quando i due termini siano armonicamente commisurabili l'uno all'altro pur se di differente valore⁶². Il giudizio di proporzione va altresì integrato con la comparazione dei rischi effettivamente incombenti sui beni coinvolti, dal momento che entra nel fuoco del suddetto giudizio⁶³ anche il grado del pericolo che grava sui beni in conflitto, per giungere ad una valutazione in termini di economicità e convenienza dell'azione⁶⁴.

Da ultimo, si segnala che il legislatore pone una limitazione ai beni di rilievo esistenziale, che rilevano ai fini dell'applicabilità della scriminante, per limitare il più possibile l'esposizione al rischio di terzi⁶⁵.

Per contiguità di argomenti, è opportuno accennare subito al comma 3 dell'articolo in esame, il quale sancisce che "la disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo". Il co. 3 dispone, quindi, la non punibilità del minacciato per il fatto necessitato, qualora ricorrano i presupposti

⁶² La gravità del danno minacciato non va confusa con la proporzione, poiché un dato non dipende dall'altro e si può agire per sfuggire ad un danno grave ma andando oltre i limiti della proporzionalità Cfr. GROSSO, *Difesa*, cit., pag. 178 e MOLARI, *Profili*, cit., pag. 87.

⁶³ Si tratta di giudizio su prognosi postuma a base totale GROSSO, *Difesa*, cit., pag. 69. Del resto, un giudizio a prognosi postuma parziale, che tenesse in considerazione solo le circostanze conoscibili ex ante, renderebbe indistinguibile lo stato di necessità putativo rispetto a quello reale.

⁶⁴ BELLAGAMBA, *Il limite della proporzione nello stato di necessità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2002, pag. 757.

⁶⁵ GROSSO, *Difesa*, cit., pag. 247.

dello stato di necessità, e pone a carico del minacciante le conseguenze dell'azione necessitata⁶⁶: il minacciato è da ogni punto di vista l'autore (non punibile) del fatto, che agit, coactus tamen voluit. Agisce volontariamente per salvare sé o altri, pur con diminuita libertà psichica di determinazione, ed è l'espressa previsione dell'art. 54 c.p., in conformità agli artt. 110 e ss. c.p., a rendere punibile il minacciante, quale concorrente "determinatore"⁶⁷.

Passando al comma 2 c.p., qui si rinviene una esplicita causa di esclusione: "Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo"⁶⁸.

I casi ancor oggi tradizionalmente proposti sono quelli del vigile del fuoco, del poliziotto, della guida alpina, del magistrato e del bagnino: tali soggetti assumono una posizione di garanzia, che

⁶⁶ L'ipotesi sembrerebbe infatti accostabile a quella dell'art. 46 co. 2 c.p. (Costringimento fisico), tuttavia si deve tener presente la diversità delle due situazioni. In ragione della vis fisica subita il 'costretto' considerato dall'art. 46 c.p. non agit, sed agitur, semplice strumento dell'attività altrui. Ancora le parole del Ministro: "diversa è la condizione di chi opera nello stato di costrizione morale, perché questa presenta gradi e stadi, che debbono essere presi in varia considerazione e non si può disconoscere che la costrizione può raggiungere una intensità e può verificarsi in condizioni tali, da giustificare la irresponsabilità dell'agente. Questa intensità e queste condizioni sono ... riassunte e identificate nello stato di necessità. Altra ragione è riposta nell'opportunità d'indicare in quale caso lo stato di necessità può dipendere non da forze brute ma dal fatto di un terzo".

Per l'interpretazione di questo comma, cfr. AA.Vv., *Digesto*, cit., pag. 685. Qui il curatore, Mezzetti, precisa che il co. 3 viene, già de iure condito, interpretato da molti come un'ipotesi scusante di stato di necessità, come 'corpo estraneo' in una visione prettamente oggettiva.

⁶⁷ Così FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, vol. II, Torino 1995, pag. 343. Inoltre MANZINI, *Trattato*, cit., 1981, pag. 417 specifica che il minacciante risponderà anche del delitto di minaccia (artt. 611, 612 c.p.).

⁶⁸ Una simile esplicitazione era assente nel codice Zanardelli; tuttavia la dottrina evidenziava un'eccezione alla regola dell'art. 49 n. 3 quando la legge imponesse a determinate persone il dovere giuridico di affrontare un determinato pericolo, per quanto questo fosse grave ed imminente. Così, era previsto nel regolamento di disciplina dell'esercito, e nelle disposizioni delle leggi sanitarie, MANZINI, *Trattato*, cit., 1920, p. 305.

impedisce loro di usufruire della causa di non punibilità, o perché qualificati dalla legge specificamente periti nel compimento di attività rischiose (come gli appartenenti alle forze di polizia) o perché hanno volontariamente scelto di compiere attività più rischiose del normale (come le guide alpine).

L'esclusione dell'operatività per soggetti giuridicamente obbligati ad esporsi al pericolo trova la sua spiegazione nel fatto che la comunità ha bisogno che certi soggetti si impegnino ad assolvere determinati servizi⁶⁹.

La più alta soglia di tollerabilità del pericolo rispetto all'uomo comune, però, è strettamente connessa alla funzione della professione, essendo siffatti soggetti tenuti a tollerare solo il rischio tipico, funzionale all'adempimento della professione, mentre potranno comunque appellarsi alla scriminante in occasione di pericoli atipici, diversi da quelli che sono tenuti ad affrontare⁷⁰: ad esempio il bagnino non sarà tenuto ad affrontare le fiamme per salvare i pericolanti.

Si ritiene, infine, che mai l'ordinamento esiga il sacrificio della vita e, pertanto, anche i soggetti costituiti garanti potranno richiamarsi alla scriminante qualora siano esposti a propria volta a rischio quasi certo di morte⁷¹.

È opportuno, alla fine dell'analisi della norma, indicare le interpretazioni offerte dalla dottrina.

⁶⁹ Cfr. GROSSO, *Difesa*, cit., pag. 229.

⁷⁰ ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, sub art. 54, p. 568; DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, art. 54, cit..

⁷¹ E' poi molto discusso se la norma sia applicabile quando il soccorso di necessità è attuato a favore del garante col sacrificio di un terzo estraneo. A favore dell'applicazione sono Romano, Pagliaro, Grosso; contrario Frosali. Cfr. AA.VV., *Digesto penale*, 1997, alla voce "Stato di necessità", pag. 685.

Per il più consolidato orientamento dottrinario, lo stato di necessità rappresenta una causa di giustificazione oggettiva che si fonda sul bilanciamento tra gli interessi in conflitto⁷².

La dottrina dominante muove dall'ambiguità del requisito della costrizione, per esprimere la preferenza per l'impostazione oggettiva, che meglio si armonizza con la regola dell'art. 59 co. 1 c.p., perché così è estensibile per analogia; si invocano anche ragioni di coerenza sistematica e parallelismo con la scriminante della legittima difesa⁷³.

Una corrente minoritaria, sostiene invece che lo stato di necessità rappresenti una causa di esclusione della colpevolezza fondata sull'inesigibilità di una condotta conforme al precetto⁷⁴.

In tale ottica, vengono sottratti alla sfera di applicazione dello stato di necessità quei conflitti risolvibili in base al bilanciamento di interessi, e inseriti nella categoria dei "conflitti di doveri", risolvibili con autonomi criteri. I requisiti della necessità e dell'inevitabilità altrimenti non mutano significativamente nelle due impostazioni. La presenza del pericolo, anche in un'ottica soggettiva richiede una certa "serietà", ossia un'oggettiva possibilità di verifica del danno, assumendo particolare rilievo la sua effettiva percezione da parte dell'agente⁷⁵. Il requisito dell'attualità non si atteggia diversamente in questa lettura, ed è peraltro comune alla legittima

⁷² In tale corrente si annoverano, ANTOLISEI, *Manuale*, cit., pag. 305 e ss.; CARNELUTTI, *Teoria generale*, cit.; NUVOLONE, *Il sistema*, cit., pag. 211 e ss.; GROSSO, *Difesa*, cit.; MANTOVANI, *Diritto*, cit.; MOLARI, *Profili*, cit.; ROMANO, *Commentario*, cit., pag. 532 e ss.; MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993, pag. 393 e ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 440, definisce la struttura della scriminante simile a quella della legittima difesa.

⁷³ GROSSO, *Difesa*, cit., pag. 240 e 254.

⁷⁴ In tal senso si esprimono, tra gli altri, DELITALA, *Il fatto*, cit.; DOLCE, *Lineamenti*, cit.; PISAPIA, *Istituzioni*, cit.; VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit..

⁷⁵ VIGANÒ, *Stato*, cit., pag. 581 e ss.

difesa, che pacificamente costituisce una giustificazione. La richiesta gravità del pericolo minacciato in tale ottica assume rilievo particolare: per non scivolare in un eccessivo ampliamento della gamma di beni tutelabili, è necessario che questi si trovino in stretto collegamento con la situazione di pressione motivazionale, in modo da far venir meno un'equa opportunità di agire diversamente; occorre, quindi, un intenso turbamento motivazionale nell'agente⁷⁶. Quanto all'involontaria causazione del pericolo, l'esclusione della scriminante va limitata alle sole ipotesi di causazione intenzionale della situazione scusante o a quelle nelle quali l'insorgere della situazione sia stata prevista ed accettata dall'agente⁷⁷. Quanto alla costrizione, deve sussistere un nesso causale tra la percezione del pericolo e la reazione dell'agente, fermo restando che il soggetto può agire anche con freddezza e razionalità⁷⁸. La proporzione si configura come comprensibilità etico-sociale del fatto, alla luce della capacità di resistenza di fronte ai pericoli che si può ragionevolmente attendere da un individuo medio⁷⁹: è cioè un criterio di valutazione della congruità della reazione di fronte alla qualità, alla gravità e all'imminenza del pericolo.

Quanto al soccorso di necessità, si ritiene che l'inesigibilità di un comportamento conforme al precetto sia da valutarsi di volta in volta, e non c'è motivo per negare un giudizio individualizzato quando l'aiuto sia stato prestato ad un estraneo⁸⁰.

Quando non sia possibile pervenire ad una ponderazione

⁷⁶ VIGANÒ, *Stato*, cit., p. 586 e ss.

⁷⁷ VIGANÒ, *Stato*, cit., p. 591.

⁷⁸ VIGANÒ, *Stato*, cit., p. 594.

⁷⁹ VIGANÒ, *Stato*, cit., p. 596 e ss..

⁸⁰ VIGANÒ, *Stato*, cit., p. 599.

oggettiva degli interessi collidenti, alcuni⁸¹ ritengono che a fondare l'esclusione della pena concorrano motivi di opportunità. In questa ricostruzione l'art. 54 c.p. assume le vesti di una norma nella quale si individuano più cause di non punibilità a seconda dei canoni di riferimento⁸². In altre parole, la norma in esame sarebbe ambivalente, e, per la sua applicazione, occorrerebbe prima individuare la logica che presiede la situazione necessitata, e solo poi farne discendere coerentemente le conseguenze. Tale prospettiva, per quanto affascinante, rischia di essere foriera di incertezza sul piano delle conseguenze sistematiche⁸³.

Si è poi offerta una originale ricostruzione sul presupposto che la normazione unitaria debba essere il punto di partenza, e che ci si debba attenere ad un'interpretazione unitaria della disposizione, percorrendo una terza via per salvare ciascuna delle due anime dello stato di necessità senza rinunciare completamente all'altra⁸⁴. In tale prospettiva l'art. 54 c.p. viene classificato nella categoria delle 'scriminanti', cioè cause di non punibilità ad efficacia complessiva, caratterizzate dalla contemporanea presenza di elementi oggettivi ed elementi soggettivi. Tale categoria, nella teoria del reato, trova la sua collocazione a metà strada tra le giustificanti oggettive e le scusanti

⁸¹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., pag. 509 e ss.; FIORE, *Diritto penale*, cit., pag. 334 e ss..

⁸² CADOPPI-VENEZIANI, *Manuale di diritto penale*, Padova, 2005, p. 279, sembrano aderire alla dottrina che distingue due ipotesi di stato di necessità: giustificante se si salva l'interesse prevalente, scusante se si ricorre al principio di inesigibilità.

⁸³ La scriminante, in tale prospettiva, talvolta andrebbe considerata valida anche se ignorata, talaltra operante solo se conosciuta; talvolta operante solo se tra i beni in conflitto uno prevale, talaltra al di là di detto limite.

⁸⁴ MEZZETTI, "Necessitas non habet legem"? *Sui confini tra 'impossibile' ed 'inesigibile' nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000.

soggettive⁸⁵. Le condotte sono decriminalizzate dalla contemporanea presenza di requisiti oggettivi e soggettivi. Alla fine non c'è un saldo attivo, né una completa neutralizzazione del disvalore di condotta e delle conseguenze: i fattori di neutralizzazione intervengono tanto sull'offensività della condotta necessitata, quanto sulla riprovevolezza della situazione necessitante, e possono presentarsi alternativamente nell'uno e nell'altro modo. Si concede, in questi casi, la non punibilità del fatto in sede penale, mentre la responsabilità del soggetto resta intatta in sede extrapenale. Queste sono tutte ipotesi riconducibili alla necessità come costrizione, e si contano, oltre all'art. 54, anche gli artt. 242 e 384 c.p.

Tale ricostruzione, anche se crea una nuova categoria di cause di non punibilità, presenta almeno due notevoli vantaggi: salva entrambe le anime dello stato di necessità, e, nel contempo, permette di conoscere preventivamente le conseguenze sistematiche della condotta: ad esempio è già chiaro ex ante che l'azione non subisce sanzioni penali ma che residua spazio per conseguenze sanzionatorie in altri rami dell'ordinamento.

⁸⁵ Le prime sono invocabili per la salvaguardia, tra due interessi confliggenti, di quello prevalente; il risultato finale dell'azione dà un saldo sociale attivo, poiché è stato tutelato l'interesse superiore; il fatto è conforme all'ordinamento e quindi vale per tutti i suoi rami; la giustificazione è comunicabile ai concorrenti. Esempi ne sono l'art. 52 c.p. ed il § 34 StGB. Le seconde, ancora non chiaramente individuate, comportano in duplice affievolimento dei disvalori, sia sul piano oggettivo che su quello soggettivo: ma la non punibilità è legata al notevole affievolimento del disvalore di condotta per comportamenti non riprovevoli compiuti in un contesto condizionante l'umana volontà. Sono ipotesi individualizzanti per le quali si opera un giudizio più sull'autore che sul fatto. Tali cause sono invocabili in tema di errore. MEZZETTI, *Necessitas*, cit..

4. Tra giustificazione e scusa, una possibile lettura differenziata

Le premesse di teoria generale del reato⁸⁶ da cui si parte per affrontare le problematiche sottese allo stato di necessità, e in particolare riguardanti la logica dell'oggettivo e del soggettivo, sono quelle della teoria tripartita.

Il fatto individua il reato nella sua manifestazione esterna; l'antigiuridicità ne rappresenta il momento lesivo e la colpevolezza consente di formulare il giudizio di rimprovero nei confronti dell'autore⁸⁷.

In siffatta teorizzazione le cause di non punibilità si scindono⁸⁸: le giustificanti elidono l'antigiuridicità, le scusanti impediscono di muovere un rimprovero e quindi insistono sul piano della colpevolezza⁸⁹.

Il nostro codice penale non opera alcuna distinzione tra le

⁸⁶ Si ricordano i fondamenti della teoria bipartita del reato, sostenuta dalla dottrina più tradizionale, secondo la quale il reato, fatto umano commesso con volontà colpevole, si compone quindi di due elementi: 1) l'elemento oggettivo, cioè il fatto in tutti i suoi elementi costitutivi; 2) l'elemento soggettivo, cioè il diverso atteggiarsi della volontà nelle forme del dolo e della colpa. L'antigiuridicità è un elemento che investe il fatto in tutti i suoi elementi, il momento valutativo del giudizio di relazione tra il fatto interamente considerato e la norma penale. In quest'ottica le scriminanti sono l'elemento negativo del fatto: il fatto costituisce reato in tanto in quanto siano assenti cause di giustificazione o di scusa. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009, pag. 138 cita, tra i seguaci della bipartizione, Manzini, Florian, Santoro, Ranieri, Antolisei, Pisapia, Nuvolone; si segnala, in ogni caso, che anche nella bipartizione c'è spazio per una distinzione tra cause di non punibilità, a seconda che incidano sugli elementi oggettivi ovvero su quelli soggettivi. L'impostazione che vede tutte le scriminanti inserite nella fattispecie oggettiva è criticata da STELLA, *L'errore sugli elementi specializzanti della fattispecie criminosa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, pag. 94.

⁸⁷ MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964 pag. 16.

⁸⁸ Si conviene con quanti riconoscono il valore della distinzione in entrambe le costruzioni dogmatiche VIGANÒ, *Stato*, cit. pag. 151-152 e GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964, pag. 288. contra Venafro, *Scusanti*, Torino, 2002.

⁸⁹ Come già detto, nei manuali i vocaboli scriminante, esimente, giustificante sono spesso adoperati in modo impreciso e legati ai concetti in modo discrezionale. Si rinvia, per una definizione convenzionale dei termini, alla nota 5 dell'introduzione.

cause di non punibilità, riconducendole tutte alla non meglio specificata categoria delle 'circostanze che escludono la pena'⁹⁰, distinguendo solo tra 'cause di estinzione del reato o della pena': il legislatore, così disponendo, ha scelto di non vincolare l'opera di dottrina e giurisprudenza a definizioni dogmatiche⁹¹.

Lo stato di necessità può operare come causa di esclusione dell'antigiuridicità se il fatto consiste nel sacrificio di un bene minore per la salvaguardia di uno maggiore, mentre può escludere la colpevolezza se, pur nel sacrificio di un bene di alto valore sociale, tale sacrificio sia avvenuto in circostanze in cui non si poteva esigere una condotta differente⁹².

Alla base dell'impostazione oggettiva opera il principio del bilanciamento di interessi secondo il quale la lesione del bene serve alla salvaguardia di un bene maggiore o di eguale valore, e per l'utilità sociale risultante alla fine, l'azione lesiva perde la sua dimensione oggettivamente antigiuridica⁹³, tanto da venire considerata lecita.

In questo modo si rende facoltativa la condotta con effetto in ogni ramo del diritto, poiché la giustificazione del fatto dipende dal suo risultato complessivo, che vede la prevalenza del bene maggiore⁹⁴ (o l'indifferenza dell'ordinamento di fronte a beni di pari

⁹⁰ Il riferimento è agli artt. 182-184, 198 e 210 c.p.

⁹¹ DEMURO, *Giustificazione e scusa: evoluzione dottrinale ed analisi comparata*, in *Giur. merito*, 1995.

⁹² BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1982, e DELITALA, *Il 'fatto' nella teoria generale del reato*, Padova, 1930.

⁹³ MOLARI, *Profili*, cit., pag. 18.

⁹⁴ Si è detto che la ricostruzione in termini oggettivi risale ad Hegel e che questo autore aveva costruito una gerarchia di valori nel diritto in base alla quale risultava naturalmente evidente quale fosse l'interesse prevalente in ogni conflitto. Per la dottrina italiana si veda anche ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, (a

rango)⁹⁵, e non dall'atteggiarsi della volontà dell'agente.

Ciò ne fa un paradigma riproponibile e, quindi, la scriminante diventa una norma di condotta che concorre così a determinare quale sia la condotta che il singolo può, deve o non deve tenere nel caso concreto⁹⁶.

Al fine di evitare le paradossali conseguenze di un'applicazione rigorosa e formale del principio del bilanciamento, allo stesso sono stati applicati dei correttivi⁹⁷. Si sposta il concetto da una dimensione spiccatamente 'oggettiva' ad una valutazione di natura relazionale⁹⁸, che rinvia ad un rapporto tra un soggetto e un determinato oggetto, così affermando la tutela dell'interesse prevalente e non del mero bene⁹⁹. Così come descritto, lo stato di necessità viene ad operare in base alla sola rilevanza obiettiva dei requisiti, anche se dall'agente ignorato o per errore ritenuto inesistente. La presenza nel nostro ordinamento dell'art. 59 co. 1 c.p., e dei suoi corollari¹⁰⁰, induce infatti la dottrina ad applicare la regola della rilevanza obiettiva,

cura di Conti) Milano, 2003, pag. 306, che parla di mancanza di danno sociale.

⁹⁵ NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972, pag. 151.

⁹⁶ Le conseguenze pratiche sono coincidenti sia che si voglia seguire l'idea che le giustificanti non sono norme a sé stanti, ma un limite della norma penale, sia che le si veda come norme non penali ma attributive di facoltà o obbligo che di volta in volta prevalgono sulla norma incriminatrice impedendone l'applicazione nel caso concreto. Per un confronto dei due modelli teorici, si veda VIGANÒ, *Stato*, cit., pag. 229 e ss.

⁹⁷ eccezionalità della situazione, essenzialità della prevalenza, adeguatezza sociale della condotta.

⁹⁸ L'adeguatezza della condotta posta in essere è la cartina di tornasole della faccenda, la clausola di controllo dell'esito del bilanciamento.

⁹⁹ Sul principio di valutazione dei beni, cfr. MEZGER, *Diritto penale*, cit., vol. II, pag. 382 e ss.; cfr. inoltre, sul passaggio dalla teoria 'del bilanciamento dei beni giuridici' a quella del 'bilanciamento degli interessi', come transito all'attuale valutazione multifattoriale dei valori in conflitto (Gesamtabwägung) MEZZETTI, *Necessitas*, cit., pag. 214.

¹⁰⁰ Al co. 4 sancisce l'equivalenza tra putativo e reale, per il caso di erronea supposizione dell'esistenza della scriminante; al comma 2 art. 119, ne sancisce la comunicabilità a tutti i concorrenti.

anche se non sono mancati dubbi in proposito¹⁰¹.

All'opposto, seguendo l'impostazione soggettiva, la condotta tenuta dall'agente non assurge a paradigma di condotta anche per gli altri consociati, ma viene valutata come singolo atto irripetibile, eccezionale, episodico¹⁰² e non punito solo per le predette valutazioni riconducibili all'*humana fragilitas* o al concetto di inesigibilità¹⁰³.

A tal riguardo sono stati elaborati diversi criteri per concretizzare il concetto di esigibilità: si è fatto riferimento al 'poter agire diversamente' al 'buon padre di famiglia' o 'buon cittadino' e al 'poter agire diversamente' dell'uomo medio; tuttavia il problema di fondo non è stato risolto in quanto sta nel fatto che in casi del tutto eccezionali è difficile rinvenire massime di esperienza dotate di universalità.

In definitiva, l'impossibilità di sollevare un rimprovero a causa dell'anormalità delle circostanze in cui si è svolta l'azione, rende inesigibile una condotta conforme alla norma penale solo nella misura in cui si è operato un giudizio personalizzante sull'autore della condotta¹⁰⁴. Tale considerazione porta a tenere presente la motivazione che spinge all'azione e il turbamento psichico o il particolare bilanciamento che ne conseguono. Tale coercizione

¹⁰¹ BELLAGAMBA, *La problematica esistenza di elementi soggettivi nelle scriminanti*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 4/2001, pag. 495. E sul problema anche VIGANÒ, *Stato*, cit. pag. 322 e MEZZETTI, *Necessitas*, cit., pag. 197.

¹⁰² MEZZETTI, *Necessitas*, cit., pag. 85.

¹⁰³ Nel nostro ordinamento si deve poi riscontrare una generale tendenza della giurisprudenza a rifiutare le qualificazioni dogmatiche legali, e generale appare anche il rifiuto dell'inesigibilità come 'scusante sovralegale'

¹⁰⁴ Nel contempo, possono venire introdotti nella valutazione elementi oggettivi, in modo che l'efficacia scusante venga subordinata a limiti di tollerabilità sociale. Oltre tali limiti l'ordinamento pretenderà dal soggetto resistenza agli stimoli che lo inducono a violare la legge.

tuttavia ha l'effetto esimente solo quando riguarda il soggetto in prima persona coinvolto ovvero una persona a lui così vicina tanto da fargli percepire l'esito dannoso della situazione come un pericolo suo proprio. L'inesigibilità dell'osservanza, infatti, può ragionevolmente prospettarsi solo in presenza di situazioni-limite nelle quali un ruolo determinante riveste il destinatario del pericolo¹⁰⁵.

4.1 Tra logica oggettiva e soggettiva: conseguenze

Di particolare interesse sono le conseguenze sistematiche che dipendono dall'adesione all'una o all'altra impostazione.

La prima questione da affrontare è quella di stabilire se contro un'azione necessitata si riconosca o meno la possibilità di rispondere in legittima difesa; la risposta, come anticipato, dipende dalla qualificazione giuridica che si riconosce alla condotta necessitata. Contro i comportamenti tenuti in casi di stato di necessità giustificante non sarà possibile invocare la legittima difesa, in quanto la commissione del fatto è resa facoltativa dalla legge per l'intero ordinamento giuridico. Paradossalmente, posta la prevalenza concordata al bene tutelabile, s'imporrebbe al terzo di sopportare la lesione del proprio bene¹⁰⁶.

Esattamente il contrario per le condotte scusate. Come detto, infatti, in questi casi permane l'antigiuridicità del fatto e il terzo

¹⁰⁵ PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 1999, pag. 222.

¹⁰⁶ Qualcuno immagina, per le situazioni di stato di necessità giustificante, che la situazione di minaccia per il bene del terzo possa risolversi configurando un'ulteriore stato di necessità a suo vantaggio. Nulla osta a questa ricostruzione, se si immagina che questo pericolo verrà ulteriormente scaricato su una quarta persona o sulla fonte incolpevole dell'aggressione. In questo caso la posizione del terzo non è iniquamente peggiorata rispetto a quella che avrebbe se gli fosse concessa legittima difesa. MOLARI, *Profili*, cit., pag. 119

estraneo al pericolo potrà agire e invocare l'esimente dell'aver agito per legittima difesa¹⁰⁷.

Quanto alla comunicabilità della causa di non punibilità ai concorrenti nel medesimo reato, la regola prevede l'estensione delle cause di giustificazione a tutti i partecipanti e, viceversa, l'applicazione solo personale delle scusanti. Ciò in coerenza con i principi informanti le due categorie, in quanto chi partecipa ad un fatto giustificato, concorre alla tutela di un interesse considerato superiore e, di conseguenza, anche il suo comportamento va considerato come lecito¹⁰⁸. Poiché invece le scusanti sono basate sulla possibilità di rimprovero personale all'agente, venendo in considerazione in primo luogo il suo turbamento motivazionale, la loro applicabilità andrà vagliata singolarmente in capo a ciascuno dei partecipanti.

Il referente normativo si rinviene nell'art. 119 c.p., a tenore del quale le circostanze oggettive che escludono la pena hanno effetto per tutti coloro che hanno concorso nel reato¹⁰⁹, mentre le circostanze soggettive hanno effetto soltanto riguardo alla persona a cui esse si riferiscono.

Rispetto alle conseguenze civili del danno cagionato dall'azione

¹⁰⁷ Ad esempio se un soggetto per evitare la propria morte aggredisce un terzo estraneo, determinando un pericolo di danno grave alla sua persona, quest'ultimo potrà difendersi invocando la legittima difesa.

¹⁰⁸ PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, 1952, pag. 57.

¹⁰⁹ Anche se con alcune eccezioni: si pensi a varie norme disciplinanti l'azione di agenti provocatori (artt. 96 e 97 t.u. in materia di stupefacenti) che giustificano solo ben definite categorie di 'ufficiali' di polizia giudiziaria e non qualsiasi agente della stessa. Non deve infatti stupire che tra più condotte con pari efficacia causale rispetto all'evento, l'una possa essere espressamente 'permessa' e l'altra 'vietata'. Basta pensare che la condotta di chi si suicida non è considerata illecita dall'ordinamento, mentre viene punito chi ha istigato il soggetto a suicidarsi; la prostituzione rappresenta un mestiere lecito, mentre illecito ne è il favoreggiamento. In VIGANÒ, *Stato*, cit. pag. 320.

necessitata, invece, occorre fare riferimento all'art. 2045 c.c. il quale stabilisce che "quando chi ha compiuto il fatto dannoso vi è stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona e il pericolo non è stato da lui volontariamente causato né era altrimenti evitabile, al danneggiato è dovuta una indennità, la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice"¹¹⁰,¹¹¹. La sentenza di proscioglimento che accerta che il fatto non costituisce reato perché commesso in stato di necessità, a differenza di quanto accade per la sentenza che accerti che il fatto è stato compiuto nell'esercizio di una facoltà legittima o nell'adempimento di un dovere, non preclude l'azione civile¹¹².

Quanto ai soggetti, possono chiedere tale equo indennizzo sia il terzo estraneo che sia stato coinvolto nella situazione di pericolo, sia lo stesso soccorritore che abbia subito dei danni nell'impresa di salvataggio.

Questa indennità rientra tra quelle indennità previste dal legislatore per le attività lecite dannose¹¹³, e, a differenza del risarcimento del danno, non consiste in una reale riparazione del

¹¹⁰ Nel contempo, l'indennità equitativa non può essere pronunciata dal giudice penale perché l'imputato ex art. 54 c.p. deve essere prosciolto: l'art. 74 c.p.p. infatti fa riferimento al danno di cui all'art. 185 c.p., quindi presuppone l'esistenza di un reato, che, si è visto, manca nel caso di condotta necessitata. Il fatto che, poi, il soggetto non sia rimproverabile, esclude che il danneggiato ex. 185 c.p. possa fare richiesta di risarcimento del danno morale.

¹¹¹ MANZINI, *Trattato*, cit., pag. 426.

¹¹² DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, Parte generale*, Milano, 2006, sub. art. 54. Ma gli autori, propendendo per una lettura solo scusante della norma, non hanno difficoltà a leggerci un vero e proprio risarcimento da atto oggettivamente illecito. Ritiene giusto che l'innocente che sconta la situazione trovi ristoro del pregiudizio sofferto MAGGIORE, *Diritto penale. Parte Generale*, Bologna, 1951, pag. 293.

¹¹³ MOLARI, *Profili*, cit., pag. 136 e ss.; contra MEZZETTI, *Necessitas*, cit., pag. 256, cfr. anche per un'analisi dell'orientamento della giurisprudenza civile sul punto: il fatto necessitato costituirebbe un illecito civile, ma in forma attenuata che richiederebbe quindi una forma attenuata di risarcimento. Inoltre la prescrizione per la richiesta del risarcimento del danno è biennale, come quella per altri fatti illeciti.

pregiudizio subito dalla vittima, in quanto la sua misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice¹¹⁴ e può risultare anche minore del pregiudizio realmente subito.

Nel caso di azione scusata, viceversa, il disvalore del fatto compiuto non viene meno, di conseguenza può essere sanzionato in altri rami dell'ordinamento, anche alla luce di parametri differenti da quelli applicati dalla norma penale. In tale ipotesi, infatti, non ci sono ostacoli all'avanzamento di una richiesta in termini di risarcimento del danno in sede civile e non di un equo indennizzo.

Differenze significative si rinvengono anche in tema di errore: l'art. 59 c.p. pone il principio della rilevanza obiettiva delle cause di giustificazione, stabilendo da un lato che la presenza effettiva della situazione scriminante ha efficacia scriminante anche se sconosciuta, dall'altro, che è sufficiente che l'autore del fatto l'abbia ritenuta esistente ma non per un errore rimproverabile.

5. Le altre ipotesi di 'necessità' regolate dal codice. Cenni

All'interno del nostro codice penale ci sono disposizioni di parte speciale che fanno riferimento all'azione necessitata.

In particolare, l'art. 384 c.p.¹¹⁵ prevede la non punibilità per chi ha commesso uno dei delitti contro l'amministrazione della Giustizia indicati¹¹⁶, perché "costretto dalla necessità di salvare sé o un prossimo congiunto da un grave nocumento nella libertà o nell'onore". Tale previsione si ricollega all'art. 215 n. 1 del codice

¹¹⁴ ANTOLISEI, *Manuale*, cit., pag. 306.

¹¹⁵ Crf. MAZZONE, *Lineamenti della non punibilità ai sensi dell'art. 384 c.p.*, Napoli, 1992, p. 35

¹¹⁶ I reati scriminati sono quelli previsti dagli artt. 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371 bis, 371 ter, 372, 373, 374, 378 c.p..

Zanardelli¹¹⁷, un antecedente storico di quella attuale¹¹⁸.

Nella formulazione dell'art. 384 c.p. si tiene conto di un conflitto tra beni tra loro eterogenei, da un lato l'interesse pubblico alla corretta amministrazione della giustizia, dall'altro quello privato alla salvaguardia di onore e libertà; tale previsione ha senza dubbio dei tratti comuni rispetto a quella prevista nella parte generale ma presenta rispetto ad essa anche alcuni caratteri differenziali. Tra le differenze si rileva innanzitutto che nella previsione *de quo* si parla di nocumento, che si prescinde dal requisito della non volontarietà del pericolo e che si ha riguardo agli interessi della libertà e dell'onore¹¹⁹. Opportuno è, pertanto, chiarire se si tratti solo di differenze stilistiche o se piuttosto non si tratti invece di questioni sostanziali. Parte della dottrina¹²⁰ sostiene che il "nocumento" comporti una

¹¹⁷ In altri casi, invece, l'agente era soltanto scusato, come nella violenza e resistenza all'autorità, art. 190 u.c. c.p., per cui per un fatto diretto a sottrarre all'arresto se stesso o un prossimo congiunto è comminata una pena minore rispetto a quella prevista dai precedenti commi; e nella subornazione di testimoni, art. 219 c.p., in base al quale è minore la pena se colpevole del delitto è l'imputato o un suo prossimo congiunto, purchè non abbia esposto un'altra persona a procedimento penale o a condanna.

¹¹⁸ Andava infatti esente da pena chi deponeva il falso in giudizio quando manifestando il vero avrebbe esposto inevitabilmente sé medesimo o un prossimo congiunto a grave nocumento nella libertà o nell'onore, sempre che la falsa deposizione non esponesse un'altra persona a procedimento penale o a condanna. Esente da pena sulla base dell'art. 225 c.p. era anche chi avesse aiutato il prossimo congiunto ad eludere le investigazioni dell'autorità o a sottrarsi alle sue ricerche o all'esecuzione della condanna, o avesse soppresso o alterato le tracce di un delitto, sempre che le azioni commesse non costituissero altra specie di reato. Sono fattispecie di favoreggiamento personale. Anche all'attuale art. 378 c.p. è applicabile l'esimente dell'art. 384. Tali norme per l'opinione comune erano ritenute ipotesi di stato di necessità, dettate per ragioni non difformi da quelle fondanti la norma generale. Si è visto infatti che l'art. 49 n.3 era una causa di non punibilità fondata sulla non opportunità di muovere un rimprovero all'agente; la ragione che portava alla non punibilità nelle ipotesi degli artt. 215 e 225 era un particolare bilanciamento di interessi, operato una volta per tutte dal solo legislatore, cui non faceva necessariamente seguito una dichiarazione di piena conformità del fatto al diritto.

¹¹⁹ MAZZONE, *Lineamenti della non punibilità ai sensi dell'art. 384 c.p.*, Napoli, 1992, pag. 109 e ss. per il significato dei singoli elementi costitutivi delle disposizioni dell'art. 384 c.p.

¹²⁰ BATTAGLINI, *Diritto penale. Parte generale*, 3° ed., Padova, 1949, pag. 331, nota 2.

valutazione in termini di 'probabilità', che è qualcosa di più rispetto alla 'possibilità' che integra il pericolo cui fa riferimento l'art. 54; altri¹²¹ sostengono, invece, che non sia sufficiente un evento di pericolo come per l'art. 54, ma che sia richiesto un evento di danno, quindi un effettivo nocumento. Rispetto alla pur volontaria causazione del pericolo¹²² e al diverso bene giuridico tutelato¹²³, qui rappresentato da libertà e onore, si sostiene che non ci si trova dinanzi ad un'ipotesi speciale di stato di necessità, perché la norma non contiene in sé indistintamente tutti gli elementi della norma generale con qualcosa di specializzante in più. Pertanto, vi è chi conclude in favore di una ratio "tutta e solo basata sul principio dell'inesigibilità di un comportamento diverso come causa di esclusione della colpevolezza"¹²⁴. In questa prospettiva, una dimensione oggettiva viene recuperata col riferimento alla sola gravità del danno: questo requisito impedisce l'applicazione dell'esimente sulla base di ciò che il singolo ritiene esigibile con una mera valutazione personale, dovendosi invece guardare alle conseguenze sanzionatorie applicabili in concreto o al pericolo effettivo per l'onore o la libertà dell'agente o del suo congiunto¹²⁵.

Sul piano sistematico, si rileva che l'esimente opera solo se il soggetto si sia rappresentato l'esigenza di compiere il fatto tipico per salvare gli interessi tutelati dalla norma e se sia stata tale consapevolezza a spingerlo all'azione; e ancora che la causa di non

¹²¹ CRESPI-STELLA-ZUCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova 2001, art. 384, pag. 1292.

¹²² Cass. 5 ottobre 1973, in *Cass. Pen.* 1976, pag. 672.

¹²³ Cass. 30 giugno 1975, in *Cass. Pen.* 1977, pag. 65.

¹²⁴ SUCHAN, *Stato di necessità e cause di non punibilità ex art. 384*, in *Cass. Pen.*, 1977, pag. 65.

¹²⁵ SUCHAN, *Sui rapporti tra l'art. 54 e l'art. 384 c.p.*, in *Cass. Pen.*, 1976, pag. 672.

punibilità non si estende ai concorrenti e, infine, che il risarcimento deve coprire l'intero danno cagionato, e non essere corrisposto come indennità forfettaria¹²⁶.

La dottrina maggioritaria è invece di diverso avviso, perché ritiene che la disposizione venga ad incidere, escludendola, sull'antigiuridicità del fatto. In questa prospettiva si è dinnanzi ad un'ipotesi speciale di stato di necessità e proprio in virtù del rapporto di specialità si possono estendere all'art. 384 c.p. i requisiti previsti dall'art. 54 c.p. Anche in questi frangenti la necessità implica che l'agente non possa agire altrimenti per evitare il nocumento, che per specifica richiesta di legge deve presentare i connotati della gravità.

Se il nocumento da evitare fosse di lieve entità, infatti, l'autore risponderebbe ugualmente del reato commesso¹²⁷. Elemento specializzante rispetto alla norma generale è la restrizione del soccorso di necessità ai soli prossimi congiunti¹²⁸. Altri requisiti non espressi vengono traslati dalla disposizione generale; l'inevitabilità altrimenti esige che il pregiudizio minacciato non possa evitarsi che con una azione che di regola costituirebbe reato; affine è il bene giuridico tutelato, e perché l'espressione dell'art. 54, intesa nel senso di pregiudizio ai beni della persona, viene a ricomprendere la libertà e l'onore, e perché nell'art. 384 si deve a fortiori ritenere compreso il danno alla vita e all'integrità fisica. Il requisito della proporzione viene ritenuto implicito secondo alcuni¹²⁹, secondo altri superfluo

¹²⁶ MAZZONE, *Lineamenti*, cit., chiarisce che la struttura della norma è soggettiva e che il concetto di inesigibilità permea di sé l'interpretazione della stessa.

¹²⁷ MUSOTTO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Palermo, 1960, pag. 268.

¹²⁸ Per l'elenco tassativo di chi sia 'prossimo congiunto' si veda la norma definitoria dell'art. 307 co. 2. c.p.

¹²⁹ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, Milano, 2000, pag. 500.

perché il conflitto eccezionalmente è già stato risolto dal legislatore¹³⁰.

Per quanto riguarda il fondamento della norma, si è detto che la previsione rappresenta un conflitto solo teorico tra interessi pubblici e privati, poiché è il legislatore a risolverlo preventivamente col dare la prevalenza ai secondi, considerando di valore preponderante i vincoli affettivi e parentali¹³¹: a ben vedere la prevalenza non si dà sulla base di un bilanciamento, essendo gli interessi eterogenei e quindi non ponderabili, ma perché il soggetto non può essere motivato secondo norme, sicché una sanzione sarebbe priva di qualsiasi capacità di dissuasione preventiva. In questo caso il disvalore dell'illecito rappresentato dalla condotta viene solo affievolito dalla necessità, e quindi, se da un lato l'azione non è comunque meritevole di pena, dall'altro residua una responsabilità extrapenale dell'agente. Anche per tale fattispecie si è in presenza, quindi, di una terza categoria di cause di esclusione della punibilità¹³².

In conclusione, può convenirsi che la norma in esame sia accostabile a quella dell'art. 54 c.p.¹³³, ad esso legata in un rapporto

¹³⁰ MEZZETTI, *Necessitas*, cit., pag. 101.

¹³¹ MEZZETTI, *Necessitas*, cit., pag. 99.

¹³² Sempre nella originale ricostruzione di MEZZETTI, *Necessitas*, cit., potendosi constatare un affievolimento non totale del disvalore del fatto, ed una sola parziale neutralizzazione delle conseguenze del fatto stesso, con un residuo di responsabilità extrapenale per l'agente.

¹³³ Contra MAZZONE, *Lineamenti*, cit., pag. 70 e ss.. L'autore individua due ratio differenti tra le disposizioni dell'art. 54 e l'art. 384 c.p., che fondano la diversità di funzione delle norme all'interno dell'ordinamento. L'autore ritiene che la scomposizione dell'art. 54 in due fattispecie non sia un'operazione consentita allo stato attuale della legislazione, per la piena coincidenza degli elementi della fattispecie nelle due ipotesi. Le due norme sono quindi espressione di due diverse esigenze di politica criminale: l'art. 54 strutturato su una forma di bilanciamento oggettivo degli interessi e di proporzione tra l'interesse leso e quello tutelato; l'art. 384 strutturato sulla base di un abbassamento della pretesa

di specie a genere, essendo identica la situazione psicologica dell'agente considerata dalla legge¹³⁴.

Più agili sono le considerazioni sull'art. 242 co. 2 c.p., che prevede la non punibilità del cittadino italiano che, trovandosi durante le ostilità nel territorio dello Stato nemico, ha portato le armi contro lo Stato italiano per esservi stato costretto da un obbligo impostogli dalle leggi dello Stato medesimo¹³⁵.

Il fondamento della norma si rinviene, per la quasi totalità della dottrina¹³⁶, nell'elisione dell'antigiuridicità. Anche tale fattispecie può rappresentare una figura speciale di stato di necessità¹³⁷ dettato dalla

legislativa in ordine allo sforzo di adeguamento richiesto ai consociati. Anche se in ipotesi potrebbe ritenersi cumulabile l'applicazione delle due norme, essa tuttavia non risulta corretta, perché le due norme stanno in rapporto di specialità parziale in relazione ai beni tutelati rilevanti: quindi l'applicazione dell'art. 54 trova il solo limite di applicazione, in relazione alle fattispecie incriminatrici considerate, nella disposizione dell'art. 384. Ma se questa non trova applicazione trattandosi di tutela di un bene attinente alla persona, diverso da libertà ed onore, ecco che si riespande l'applicabilità della disposizione dell'art. 54.

¹³⁴ Contra anche FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, pag. 355. L'autore sostiene che, così facendo, si provoca una illogica duplicazione di norme a contenuto praticamente identico in contrasto con esigenze di economia legislativa e si ricostruisce l'art. 384 sulla base di una interpretazione analogica in malam partem; inoltre non coincide la considerazione delle conseguenze: nel caso dell'art. 384, dottrina e giurisprudenza non hanno dubbi sul fatto che si tratti di una causa assolutamente personale di esclusione della punibilità. In coerenza con ciò, si deve decisamente recidere il cordone ombelicale con lo stato di necessità così come regolato dal nostro codice essendo la norma dell'art. 384 una scusante fondata sul principio di inesigibilità, che diverrebbe superflua se il nostro ordinamento prevedesse un'ipotesi di stato di necessità scusante.

¹³⁵ Vale segnalare lo scarsissimo rilievo pratico della stessa. Le uniche applicazioni in concreto riguardano casi di altoatesini che, in conseguenza dell'occupazione bellica della regione, perduta la cittadinanza italiana ed acquistata quella tedesca, erano stati coattivamente arruolati nelle forze armate del Reich, ed in seguito, accusati del reato di cui all'art. 242, si erano appellati al co. 2, evitando così l'irrogazione della sanzione. Cass. pen, sez. II, sent. 13 maggio 1955, Moroder, in *Riv. It. Dir. Pen.* 1956, pag. 676

¹³⁶ MARINUCCI-DOLCINI, *Codice penale commentato*, cit., cita Chiarotti come unica voce che riconduce la norma nell'alveo della colpevolezza, vedendovi un'ipotesi di non esigibilità. Anche FORNASARI, *Il principio*, cit., pag. 359 concorda con l'indirizzo della dottrina tradizionale

¹³⁷ Rimane ancorata ad un momento di elisione dell'antigiuridicità anche l'opinione che vede in questo un caso speciale di adempimento del dovere.

particolare considerazione prestata alla situazione in cui si trovano in alcuni Paesi i nostri connazionali emigrati che vengano ad avere doppia cittadinanza. La costrizione necessitante si radica nel fatto che il soggetto si trova nell'impossibilità di sottrarsi all'obbligo senza correre il pericolo di un danno grave alla persona.

Anche in tale caso, si può accedere alla logica della necessità scriminante¹³⁸ considerando la norma come un altro esempio inquadrabile nel paradigma del conflitto di doveri normativamente composto, fondato sulla supremazia di uno dei doveri in collisione, stabilita preventivamente dal legislatore.

Altre ipotesi da considerare sono quelle previste dagli artt. 637 (Ingresso abusivo nel fondo altrui: "chiunque senza necessità entra nel fondo altrui recinto ...") e 638 c.p. (Uccisione o danneggiamento di animali altrui: "chiunque senza necessità uccide ... animali che appartengono ad altri è punito ..."). Il requisito oggettivo della necessità presente in queste disposizioni non equivale allo stato di necessità come prospettato all'art. 54 c.p., anche perché, se così fosse, la dicitura legislativa sarebbe superflua. La necessità qui presa in esame è costituita da qualsiasi motivo che, secondo il giudizio della comunità locale, giustifica l'ingresso nel fondo altrui, se ha un valore sociale maggiore del pregiudizio minimo arrecato¹³⁹. Il tutto quindi si gioca sul bilanciamento degli opposti interessi, senza nessuna limitazione dei diritti tutelabili. La necessità può anche semplicemente essere relativa a particolari contingenze, quindi rivolta ad evitare un pericolo imminente o ad impedire l'aggravamento di un danno giuridicamente apprezzabile non solo

¹³⁸ MEZZETTI, *Necessitas*, cit., pag. 99 e pag. 120.

¹³⁹ ANTOLISEI, *Manuale*, cit., pag. 419.

alla persona propria o altrui, ma anche ai beni, se tale danno non sia altrimenti evitabile¹⁴⁰.

Si individua, quindi, concetto di necessità più ampio e diverso rispetto a quello dell'art. 54 c.p., per la speciale natura dei delitti ed il loro specifico oggetto materiale¹⁴¹.

Non c'è invece alcun richiamo generico alla necessità per le cause di non punibilità degli artt. 307 co. 3 e 418 co. 3 c.p.. La prima norma richiamata sancisce la non punibilità per il reato di assistenza ai partecipanti di cospirazione o banda armata se il fatto è commesso "in favore di un prossimo congiunto"; similmente la seconda per il reato di assistenza ad associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso. Occorre perciò concludere che in questi casi il rapporto di parentela non pare assumere importanza nella formazione anomala del processo volitivo, ma viene ad operare in modo meccanico per l'esenzione da pena, che quindi ha il suo fondamento in mere ragioni di politica criminale¹⁴². Si può aggiungere che l'assistenza ai familiari ben potrebbe essere prestata per ragioni diverse dal vincolo interpersonale, come ad esempio per motivi di interesse¹⁴³.

6. Il rilievo pratico dello stato di necessità

¹⁴⁰ Ad es. venne esclusa la sussistenza del reato per l'uccisione di un grosso cane che, introdottosi in un pollaio, ne aveva mangiato i polli e assalito il proprietario

¹⁴¹ Vedi CRESPI-STELLA-ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova 2001, artt. 637 e 638. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., pag. 435. Cfr. anche Cass. 28 ottobre 1997, in *Riv. Pen.*, 1998, pag. 349.

¹⁴² MEZZETTI, *Necessitas*, cit., pag. 102.

¹⁴³ FORNARI, *Il principio*, cit., pag. 358, invece, aggancia il motivo dell'esenzione ad uno stato di turbamento meritevolmente comprensibile. Anche se la cooperazione può avvenire per motivi di interesse, il legislatore presume che il vincolo di parentela sia un motivo che esclude l'esigibilità di un comportamento conforme alla norma.

Si dice¹⁴⁴ che per la scarsa rilevanza in termini pratici dello stato di necessità i primi ad appassionarsi al tema siano stati i filosofi e non i giuristi. A parte le provocazioni, è però vero che, dalla lettura di antichi episodi, ci si rende conto che le ipotesi prospettabili sono sì varie ed eterogenee¹⁴⁵ ma rischiano tutte di sembrare troppo scolastiche o lontane dalla realtà attuale¹⁴⁶.

¹⁴⁴ PESSINA, *Enciclopedia*, cit., pag. 159 ci riferisce di un tale Ecatone, filosofo ai più sconosciuto, che era “pieno di questioni relative al condursi nelle varie contingenze” e fra queste ricordava “l’alternativa di lasciar perire d’inedia i concittadini o consumare per sovvenirli i viveri accumulati, per far superare alla famiglia il pericolo di carestia; di far getto in tempo di burrasca di un cavallo prezioso o di un vil servo; di annegare o strappare ad un compagno di naufragio di poco conto la tavola che lo sostiene; di denunciare il padre sacrilego, peculatore o aspirante alla tirannide o venir meno ai doveri di magistrato e di cittadino; di sottostare alla perdita derivante dall’aver accettata moneta falsa per buona od ingannare altrui; di esporsi a quella dall’attitudine a guastarsi, che ha il proprio vino od esporvi altri, vendendolo ad essi”.

¹⁴⁵ Il Manzini offre una multiforme casistica di vicende che, pur storicamente avvenute, per il lettore di oggi hanno il sapore di “leggende” al limite tra realtà e fantasia, e lo fanno inorridire per la tragicità degli avvenimenti narrati. Tra i più atroci fatti compiuti in stato di necessità ricorda che sotto l’imperatore Diocleziano i soldati germani di una legione romana, non volendo più militare in Gran Bretagna, si ribellarono e, uccisi i capi dell’esercito, si diedero alla fuga per mare. Ma due delle navi salpate si smarrirono e coloro che erano a bordo, costretti dalla fame, uccisero e mangiarono i più deboli. Similmente accadde nel 1518 per gli sfortunati viaggiatori di due galee percosse dalla tempesta: chi sopravvisse alla burrasca per non morire di fame si cibò dei compagni morti. Di fronte ad una scelta tragica si trovò anche il luogotenente Holmes che, nel 1881, gettò in mare sedici sventurati per salvare gli altri evitando l’affondamento della scialuppa pericolante. O ancora ricorda i noti naufraghi della Mignonnette, che dopo diciotto giorni alla deriva, prossimi a morire di fame e sete, deliberarono di uccidere il mozzo per sostentarsi, bevendone il sangue e cibandosi delle sue carni fino al ventiquattresimo giorno di naufragio. Raccolti poi da una nave e portati in salvo, arrivati a terra furono processati e condannati a morte da una giuria inglese; ma la regina commutò la pena in sei mesi di prigionia. Sposta poi lo scenario in Russia, dove due fratelli che vivevano isolati lungo le sponde di un fiumicello, stremati dalla fame uccisero la sorellina e se ne cibarono. All’autore del fratricidio, scoperto, non valse addurre lo stato di necessità, e venne condannato a tredici anni di lavori forzati. E infine riferisce di un episodio nelle Ande: tra i monti impervi a quattro escursionisti vennero a mancare le vivande; allora tre dei “famelici” viandanti uccisero il quarto e mangiarono le sue carni; furono sottoposti a giudizio dall’autorità argentina, ma è sconosciuto il verdetto finale. Era il 1927. Conclude rammentando i “fatti di feroce e micidiale egoismo avvenuti in occasione di teatri affollati, terremoti, ecc.”. MANZINI, *Trattato*, cit., pag. 400 in nota.

¹⁴⁶ Vale comunque la pena di ricordare almeno alcuni dei topoi ricorrenti, che servono alla dottrina per capire i principi sottesi allo stato di necessità: si fa spesso l’esempio dei due naufraghi che, nel mare in tempesta, lottano per accaparrarsi l’unica tavola che può, però, sostenere solo uno dei due; dello scalatore che, accortosi che la corda sta cedendo

Volendo soffermarsi sull'impatto in termini pratici dello stato di necessità nel contesto attuale, diverse sono le questioni controverse affrontate dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

Per citare alcuni esempi: un problema che si pone molte volte è quello della liceità di un trattamento sanitario necessario per salvare la vita di un paziente in presenza del dissenso di costui o in assenza di un suo consenso espresso¹⁴⁷. La drammaticità della fattispecie esigerebbe una chiara delimitazione di confine tra l'area del lecito e quella dell'illecito in quanto chi si trova ad operare in tali frangenti dovrebbe sapere preventivamente se e a quali condizioni dover o poter intervenire.

In questo caso si tratta di decidere se si è in presenza di un dovere di intervento, cosicché la situazione integra un conflitto di

per il peso eccessivo, la recide facendo cadere nel vuoto il compagno; dell'escursionista che, sorpreso nottetempo da una bufera, scardina la porta di una baita per trovarvi rifugio; del genitore che, in una situazione di pericolo, può salvare solo uno dei due figli. Del proprietario dell'edificio in fiamme che s'introduce nel fondo vicino per attingere acqua al pozzo; del proprietario dell'edificio vicino al fabbricato in fiamme, che lo abbatte per scongiurare il diffondersi dell'incendio alla propria abitazione. Di chi, inseguito dai malviventi, ruba una bicicletta per guadagnare terreno nella fuga per la salvezza; del malato che, non potendo permettersi di pagare, ruba un medicinale fondamentale per la sua vita; di chi uccide il cane rabbioso che gli ringhia contro; del bagnante che ruba una barca che si trova sulla spiaggia per soccorrere uno sventurato che sta annegando. Del medico che supera i limiti di massima velocità per soccorrere un paziente gravemente ferito; di chi sottrae le chiavi della macchina all'ubriaco per evitare che si metta in quelle condizioni alla guida del suo veicolo; della divulgazione dello stato infettivo di un paziente per evitare che il contagio si diffonda; della reclusione del malato di mente per evitare che, nei suoi eccessi furiosi, sia pericoloso per sé e per gli altri. Di chi uccide il padre ubriacone e violento perché cessi di essere un pericolo per madre e sorella. Tipico caso divenuto di scuola ma realmente accaduto è il c.d. caso Spanner: accadeva che, nottetempo, uno sconosciuto ripetutamente s'introduceva nella camera da letto di due sposi. I due erano spaventati ed intimoriti dalla cosa; allora una notte, per tentare di fermarlo, il marito estrasse la pistola e sparò ferendo il guardone che, vista la mala parata, si stava già dando alla fuga. Gli fu riconosciuto lo stato di necessità scusante, perché nel pericolo perdurante venne riconosciuto un pericolo attuale.

¹⁴⁷

doveri¹⁴⁸, inquadrabile per la dottrina maggioritaria quale sottospecie dello stato di necessità giustificante¹⁴⁹ oppure se, affermando in linea di principio il divieto di trattamenti coattivi¹⁵⁰, si può comunque riconoscere l'efficacia scriminante dello stato di necessità¹⁵¹.

Un altro esempio, invece, riguarda quelle occasioni in cui nel nostro ordinamento si è chiamato in causa lo stato di necessità come norma fondante il potere, in capo all'autorità penitenziaria, di alimentare forzatamente il detenuto in sciopero della fame. Una prima vicenda si verificò alla fine del 1981 presso il carcere milanese di San Vittore: cinque detenuti in attesa di giudizio, affiliati alle Brigate Rosse, iniziarono uno sciopero della fame¹⁵². Per alcuni venne attuata una terapia di alimentazione forzata, rinvenendone il fondamento nell'art. 54 c.p. attesa la necessità di impedire che i detenuti si lasciassero morire, nel caso di specie il trattamento venne ritenuto legittimo anche come t.s.o. ex art. 34 l.833/1978. Ma non solo, il g.i. ipotizzò che l'alimentazione forzata fosse doverosa e la Corte d'Appello, ribadendo che il digiuno è frutto di una scelta libera, volontaria e cosciente del detenuto, avallava il ricorso all'alimentazione forzata. Anche l'allora Ministro della giustizia autorizzò la terapia, mentre il Presidente del Consiglio, invitando i medici ad attuare la direttiva per difendere la vita, "ricorrendo lo

¹⁴⁸ BELLAGAMBA, *Ai confini dello stato di necessità*, in *Cass. pen.*, 2000, 6, 1832.

¹⁴⁹ MEZZETTI, *Necessitas*, cit., pag. 90 e ss.; contra VIGANÒ, *Stato*, cit. pag. 475.

¹⁵⁰ Palermo Fabris, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale; profili problematici del diritto di autodeterminazione*, Padova, 1997, pag. 201, esclude la sussistenza di un obbligo di agire del sanitario in presenza del dissenso del paziente capace.

¹⁵¹ Giustificante se la condotta può ritenersi comunque facoltizzata, solo scusante se, invece, l'azione può solo essere tollerata.

¹⁵² Si vedano le numerose ordinanze pubblicate in *Foro it.*, 1983, II, pag. 241 e ss., 254 e ss., 258; e in *Quaest. Giud.*, 1982, pag. 309, 314, 317, 326.

stato di necessità..., anche contro la volontà del cittadino che cerchi il suicidio”, subordinava comunque il trattamento obbligatorio “alla libera esecuzione dei medici responsabili”. Ma di fatto i medici non diedero esecuzione alla direttiva del Ministro e la vicenda si risolse con l’ammissione al lavoro esterno dei detenuti, lasciando insoluti i nodi problematici emersi dai diversi provvedimenti¹⁵³.

Una vicenda analoga si svolse di lì a poco nel carcere di Venezia: ad un detenuto in gravi condizioni di salute dovute allo sciopero della fame protratto per quasi due mesi, venne concessa la libertà provvisoria¹⁵⁴, non ritenendo l’alimentazione forzata strada praticabile poiché, si diceva in motivazione, il t.s.o. era destinato solo ai malati di mente, e, nel caso di un soggetto che liberamente aveva scelto di non nutrirsi, era anche contraria al “rispetto della dignità della persona”. L’ordinanza venne però riformata, anche perché era “fin troppo evidente ... la prevalenza che si deve accordare ai due beni costituzionalmente protetti”. All’imputato, nonostante fosse stata praticata l’alimentazione forzata, vennero in fine concessi gli arresti domiciliari per il permanere di una grave sindrome ansioso-depressiva.

Rispetto a tali ipotesi, si deve escludere che l’intervento statale possa basarsi su poteri coattivi dell’amministrazione penitenziaria, perché il detenuto sottostà alle sole limitazioni dei suoi diritti fondamentali espressamente previste dalla disciplina penitenziaria, e quindi continua a godere di tutti gli altri diritti, compreso quello di rifiutare i trattamenti sanitari coattivi. Per giustificare l’intervento

¹⁵³ VIGANÒ, *Stato*, cit. pag. 5.

¹⁵⁴ Trib. Padova, ord. 2 dicembre 1982 (g.i. Palombarini, imp. Cerica), in *Foro it.*, 1983, II, pag. 252.

statale sembrerebbe percorribile la strada dello stato di necessità¹⁵⁵: allorquando le condizioni degli scioperanti facciano presagire il pericolo attuale di morte degli stessi, l'alimentazione forzata costituisce il mezzo necessario e non sostituibile per evitare l'esito infausto, attesa la prevalenza del bene vita (indisponibile) sulla libertà morale ed integrità fisica. Tuttavia, la significativa valenza del principio di autodeterminazione dell'individuo, nonché la rilevanza costituzionale del rispetto della dignità umana, hanno indotto la dottrina ad escludere la legittimità e la doverosità dell'alimentazione forzata¹⁵⁶, anche se all'atto pratico non si esclude il ricorso alla scriminante per i soggetti che, pur in assenza di un dovere di intervento, si siano adoperati in tal senso al fine di salvare una vita.

Ricorrenti, poi, sono i casi di testimoni di Geova che rifiutano trattamenti emotrasfusionali per rispettare il divieto biblico di consumare ogni sorta di sangue¹⁵⁷. Il problema della praticabilità della trasfusione nonostante il dissenso del paziente si pone quando questi sia adulto e pienamente cosciente delle conseguenze derivanti

¹⁵⁵ VIGANÒ, *Stato*, cit. pag. 8.

¹⁵⁶ In *Quaest. Giud.*, 1982, si vedano i commenti della vicenda di ONIDA, *Dignità della persona e diritto di essere malati*, pag. 361; PULITANÒ, *Sullo sciopero della fame di imputati in custodia preventiva*, pag. 317. Cfr. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute*, cit., pag. 202, che esclude in questi casi il ricorso allo stato di necessità perché non si versa in situazioni di emergenza in cui il rifiuto appare irragionevole e non c'è tempo per intraprendere il processo formativo di una volontà consapevole: il rifiuto della terapia è fondato su un convincimento politico, che pare consapevole, ponderato, e frutto di una scelta razionale e precisa.

¹⁵⁷ Secondo PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute*, cit., pag. 202 anche in questi casi è da escludersi un ricorso all'art. 54, perché il rifiuto della terapia è fondato su un ragionevole convincimento religioso; affronta il problema specificatamente a pag. 208 e ss., affermando il divieto per il medico di imporre qualsiasi trattamento coattivo e l'insuperabilità della volontà del paziente capace, anche se in pericolo di vita, in linea con quanto sancito dal Comitato Nazionale di Bioetica nel codice di deontologia medica del 1989 all'art. 40. La presenza di un saldo convincimento religioso consente di riconoscere l'esistenza di un dissenso pienamente convinto anche nelle situazioni di emergenza.

dalla sua decisione¹⁵⁸ ovvero sia un minore e il rifiuto sia opposto dai genitori o da chi ne fa le veci¹⁵⁹.

In tali circostanze non è certo configurabile, in capo al medico, un diritto soggettivo di praticare la terapia¹⁶⁰, poiché il trattamento medico-chirurgico può essere legittimamente praticato solo col consenso del paziente¹⁶¹; se questi è incapace o temporaneamente impossibilitato a prestarlo, perché, ad esempio, in coma o sotto anestesia, un intervento del medico sarà possibile solo in caso di assoluta urgenza, nei limiti dello stato di necessità ex art. 54 c.p.¹⁶². Si ipotizza quindi il ricorso allo stato di necessità per giustificare il tentativo di salvare in extremis con un intervento chirurgico un paziente in coma, o l'amputazione di una gamba per evitare una cancrena al paziente incapace di consentire; o l'esecuzione, durante un intervento consentito, di un ulteriore intervento, anche su un altro organo, senza il consenso del paziente che si trova sotto narcosi¹⁶³.

¹⁵⁸ Cfr. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute*, cit., pag. 173 sul dissenso dell'aveute diritto.

¹⁵⁹ Cfr. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute*, cit., pag. 243 sul trattamento quando il paziente sia un minore.

¹⁶⁰ VIGANÒ, *Stato*, cit. pag. 11; cfr. Pret. Modica, 13 agosto 1990, in *Foro it.*, 1990, I, pag. 271, che interviene con ordinanza ex art. 700 c.p.c. e, nel contempo, Pret. Roma 2 aprile 1997, De Vivo, in *Cass. pen.*, 1998, pag. 950 che ha ritenuto che il consapevole rifiuto della terapia da parte del paziente avesse fatto venir meno l'obbligo di impedirne la morte.

¹⁶¹ Perché ogni intervento comporta una lesione personale; si veda il 'caso Massimo': Cass. 21 aprile 1992, in *Riv. it. med. leg.*, 1993, pag. 460.

¹⁶² RIZ, *Trattamento medico e cause di giustificazione*, cit., pag. 77 e ss.. Ci sono altre linee per giustificare la condotta del medico interveniente: vedere nel fatto un fatto atipico per la socialità del trattamento medico; ipotizzare una scriminante non codificata, insita nell'esercizio di un'attività medica; rinvenire la causa di giustificazione nel consenso presunto.

¹⁶³ Cfr. C. App. Firenze, 27 ottobre 1970, Ingiulla, in *Giur. Mer.*, 1972, pag. 324: un noto chirurgo aveva eseguito su una donna di 24 anni una sterilizzazione tubarica, in occasione di un parto cesareo, senza previo consenso della partoriente, sulla base di una ragionevole convinzione della necessità della sterilizzazione medesima per evitare, in caso di successiva gravidanza, l'eventuale rottura dell'utero e la morte della donna. Il

Di contro, in presenza di un rifiuto¹⁶⁴ da parte del malato di intervento vitale l'opinione che resta maggioritaria nega la legittimità dell'intervento stesso, lasciando che il malato resti il solo "arbitro del proprio destino"¹⁶⁵. Non manca tuttavia chi, anche in questi casi, ritiene che, ricorrendo agli estremi dello stato di necessità, il medico sarebbe comunque autorizzato ad eseguire l'intervento¹⁶⁶, sempreché la situazione di emergenza non consenta di formare una volontà consapevole¹⁶⁷, e ferma restando l'irrilevanza del rifiuto se il pericolo incombe su di un bene indisponibile¹⁶⁸, come nel caso di intervento *quoad vitam*.

L'intervento può essere eseguito se risulta proporzionato alla salvaguardia della vita del paziente¹⁶⁹, anche se, così dicendo, si rende evidente che la soluzione giuridica del conflitto riposa sull'individuale intuizione del singolo giudice circa l'atteggiarsi del rapporto tra i valori nella situazione in esame. E quindi giudici diversi potrebbero pervenire, di fronte a casi analoghi, a decisioni diverse, tutte egualmente corrette¹⁷⁰.

tribunale nel caso non ravvisò gli estremi né dell'urgenza né della necessità dell'intervento ulteriore, poiché prorogabile senza gravi pericoli e senza esito letale.

¹⁶⁴ Nel caso di paziente incosciente, invece, si può presumere che il paziente si sarebbe espresso per la propria sopravvivenza.

¹⁶⁵ MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, 1974, pag. 226.

¹⁶⁶ RIZ, *Il consenso dell'avente diritto*, 1979, pag. 359.

¹⁶⁷ PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute*, cit., pag. 202.

¹⁶⁸ GROSSO, *Difesa*, cit. pag. 228.

¹⁶⁹ Questo dovrebbe escludere anche la liceità del trapianto coatto di organo da altro vivente, essendo il danno eccessivamente sproporzionato.

¹⁷⁰ VIGANÒ, *Stato*, cit. pag. 474 e ss., risolve i conflitti senza ricorrere allo stato di necessità, contesta tale impostazione Mezzetti, *Necessitas*, cit., pag. 119 e 133, e rifiuta l'autonomia dei criteri di risoluzione dei conflitti di doveri. L'autore, come la maggior parte della dottrina italiana e tedesca riconduce queste ipotesi allo stato di necessità. L'autore individua conflitti di doveri solo apparenti perché già normativamente composti che si sciolgono nella logica dell'adempimento del dovere, e quelli normativamente irrisolti da considerarsi sottotipo dell'art. 54.

Per risolvere il conflitto, quindi, si deve ricorrere a criteri extragiuridici. Questi potranno venire da ‘valori morali’¹⁷¹ o dalla visione culturale dominante; oppure ci si può affidare al prudente apprezzamento del giudice, chiamato a decidere il caso concreto ipotizzando la generalizzazione della condotta sottoposta al suo esame. In tale evenienza, la responsabilità della scelta può essere lasciata all’autore della condotta (medico), mentre al giudice spetta la sua ratifica ex post.

Ma, forse, la soluzione che garantisce la maggior certezza del diritto e, soprattutto, la maggior prevedibilità ex ante delle condotte, è quella che passa per l’enucleazione di una categoria di cause di esclusione della sola antigiuridicità penale: niente sanzioni penali, ma possibili sanzioni in altri rami dell’ordinamento.

In conclusione: l’ordinamento può solo autorizzare il sanitario ad intervenire ed in situazioni di emergenza, superando il rifiuto del paziente se ricorrono gli estremi dello stato di necessità; qualora invece il rifiuto sia frutto di una scelta ponderata, e fuori dalle situazioni di emergenza, le imposizioni coattive di terapia sono penalmente rilevanti se rivestono gli estremi di un delitto contro l’integrità personale o contro la libertà individuale¹⁷². O, in altre

¹⁷¹ Secondo VIGANÒ, *Stato*, cit. pag. 459, questo è un criterio ‘molto tedesco’. Per il vero, la dottrina tedesca connette queste ipotesi ad un “conflitto di doveri scusante sovralegale”: il medico che opera, quindi, non agisce legittimamente, ma se lo fa, può trovare comprensione per il suo agire perché il turbamento motivazionale che lo ha spinto al reato è rilevante, pur non riguardando persone a lui vicine, per i valori interni che lo sostengono. Una condotta non lecita ma umanamente comprensibile.

¹⁷² PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute*, cit., pag. 205 e ss. Le questioni suscitano perplessità anche presso la dottrina tedesca: si afferma che quando in ogni caso si tende ad affermare che il dissenso dell’avente diritto escluda la liceità dell’atto. HIPPEL, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen*, in *ZStW* 42 (1921) pag. 421; HENKEL, *Der Notstand*, cit. pag. 117. MEZGER, *Die subjektiven Unrechtselemente*, cit. pag. 292, citato in VIGANÒ, *Stato*, cit. pag. 449; ROXIN, *Strefrecht*, cit. pag. 706. BINDING,

parole, se i beni sono bilanciabili e risulta prevalente quello tutelabile con l'intervento, c'è spazio per un intervento lecito; altrimenti la condotta sarà solo scusata, quindi non lecita (ancorché umanamente comprensibile).

Altra possibilità interessante di applicazione dell'art. 54 c.p. potrebbe aversi per la cessione di sostanze stupefacenti nei confronti di un tossicodipendente in crisi di astinenza, per una sorta di necessità terapeutica. Tuttavia, all'atto pratico, siffatta applicazione viene esclusa sia perché non si riconoscono, nella situazione, gli estremi di un imminente pericolo di vita, sia perché al superamento della stessa si presentano, come normali alternative, l'affidamento del tossicomane ad un medico o il suo ricovero in luogo di cura¹⁷³. La scriminante è stata altresì invocata con riferimento alle azioni limitative della libertà di tossicodipendenti dissenzienti nelle comunità chiuse di recupero, in quanto il fatto penalmente tipico veniva posto in essere per la salvaguardia del diritto alla salute del soggetto, messo in pericolo dall'eventuale uscita dalla comunità.

A giudicare dai repertori giurisprudenziali, le ipotesi in cui è più frequente il richiamo alla norma sono quelle di necessità economica. A ben vedere, da sempre l'attenzione dei giuristi è stata attratta dai casi di imputati che, in condizioni di grave indigenza, avevano commesso qualche reato per la sopravvivenza propria o dei propri familiari.

Handbuch, cit. pag. 759 Jescheck-Weigend, Lehrbuch, cit., pag. 365, dice che per giustificare la violazione sarebbe sufficiente una lieve prevalenza di un dovere sull'altro, perché la cautela richiesta dall'essenziale prevalenza non serve quando il soggetto è comunque costretto a violare una norma dell'ordinamento.

¹⁷³ Cass. 6 dicembre 1984, Pallini, in *Cass. pen.*, 1984, pag. 927; Cass. 21 novembre 1996, Danieli, in *Cass. pen.*, 1998, pag. 828; Cass. 11 novembre 1986, Baldassarri, in *Cass. pen.*, 1988, pag. 870.

Sono innumerevoli le sentenze che assolvono ex art. 54 c.p. imputati in condizioni disperate: il danno grave è rapportato alle condizioni minime per la sussistenza della persona, nelle quali si concretizza il valore della dignità umana e sociale ex art. 2 Cost., che lo Stato è chiamato ad assicurare ad ogni cittadino in ottemperanza al dovere di assistenza ai bisognosi ex art. 38 Cost.. La giurisprudenza di merito, quindi, giustifica condotte ritenute necessarie per procurare all'imputato stesso o alla sua famiglia gli indispensabili mezzi di sussistenza¹⁷⁴.

Al riguardo va però segnalato che la giurisprudenza di legittimità si mostra assai rigorosa nel circoscrivere l'applicabilità della scriminante a quelle sole ipotesi estreme in cui il bisogno di alimenti, vestiti, medicinali, si presenti in termini di "assoluta indilazionabilità e cogenza, tali da non lasciare all'agente alternativa diversa dalla violazione della legge": ipotesi estreme che la Cassazione ravvisa sporadicamente¹⁷⁵.

I Giudici di merito, invece, concedono con maggior larghezza lo stato di necessità per condotte a basso contenuto lesivo tenute in

¹⁷⁴ Ad esempio nel caso di ricettazione commessa da un soggetto clandestinamente fuggito ai territori di guerra del proprio Paese, versante in 'condizioni obiettivamente disperate' privo di abitazione, che si era costruito una baracca con materiale di provenienza furtiva, si riconosce che il bisogno di migliorare la disumana condizione familiare integra gli estremi richiesti dalla norma. Pret. Lecce, 14 marzo 1994, Petrovic, in *Riv. pen.*, 1994, pag. 1036; cfr. anche pret. Avellino, 9 marzo 1994, in *Giur. mer.* 1995, 296, con nota di Demuro, Giustificazione e scusa: evoluzione dottrinale ed analisi comparata. Ovvero scrimina il furto (aggravato) di olive da genitori disoccupati con figli minori gravemente malati: Pret. Nardò, 18 dicembre 1991, Solofra, *Riv. pen.*, 1992, pag. 293.

¹⁷⁵ Ciò sulla base della tradizionale considerazione secondo cui "la moderna organizzazione sociale, venendo incontro, con i mezzi più disparati, a coloro che possono trovarsi in pericolo di vita, ha modo di evitare il possibile, irreparabile danno alla persona", perché "offre ai bisognosi con vari mezzi ed istituti quanto ad essi occorre, eliminando il pericolo di lasciarli privi di cure o di assistenza medica o ospedaliera o di sostentamento". Cass. 11 novembre 1986, Caporin, in *Riv. pen.*, 1988, pag. 201.

condizioni di grave disagio economico, aderendo a un'interpretazione elastica dei requisiti di attualità e inevitabilità del pericolo¹⁷⁶. La Cassazione, invece, pur nel riconoscimento in linea di principio della tutela di qualsiasi diritto inviolabile della persona riconosciuto dalla Costituzione, richiede puntuale e rigorosa verifica dei requisiti della necessità ed inevitabilità della condotta, intesi in senso restrittivo¹⁷⁷. Si profila all'orizzonte, il rischio di una lettura politica della norma¹⁷⁸.

Molto frequenti sono poi i casi in cui l'imputato allega una necessità abitativa a giustificazione dell'occupazione di un immobile altrui (art. 633 c.p.) o di una contravvenzione in materia edilizia, ma anche in tali casi sono numerose le limitazioni interpretative proposte dalla giurisprudenza.

¹⁷⁶ DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978.

¹⁷⁷ Cass. 7 ottobre 1981, Potenziani; Cass. 24 novembre 1993, Aprea, in *Cass. pen.*, 1995, 1534. Si veda anche Cass. sez. I, 95/203245, per cui lo stato di necessità non può essere riconosciuto al mendicante che si trovi in ristrettezze economiche, perché la possibilità di ricorrere all'assistenza degli enti che la moderna organizzazione sociale ha predisposto per l'aiuto agli indigenti ne esclude la sussistenza, in quanto fa venir meno gli elementi dell'attualità e dell'inevitabilità del pericolo grave alla persona.

¹⁷⁸ Un esempio: un cittadino extracomunitario che, spinto dal bisogno di alimentarsi, vende a prezzo ridotto cd contenenti opere musicali o multimediali non contrassegnati dalla Siae. In motivazione si legge che tale azione, formalmente contro legge, è scriminata da uno stato di necessità connesso alla sopravvivenza degli extracomunitari entrati nel nostro paese senza alcuna regolamentazione lavorativa, e che la loro attività di venditori 'abusivi' è assolutamente necessaria per sopravvivere e proporzionata al pericolo di danno, minimo se non addirittura inesistente, arrecato ai produttori. Il giudice in questo caso intreccia argomenti di carattere giuridico e sociologico, ponendo accanto alla considerazione che nel bilanciamento di interessi la vita ha un peso maggiore del valore del copyright, anche quella che tiene presente le disperate condizioni di indigenza nelle quali vivono gli immigrati, non certo aiutate dall'inadeguatezza delle leggi vigenti e dall'insufficienza della moderna organizzazione sociale a garantire, ancor prima che il diritto al lavoro, il diritto alla salute e all'integrità fisica. Trib. Roma, 15 febbraio 2001, giud. Francione, imp. Dieng Abou Sanga, in *Foro it.*, 2003, II, pag. 176. La sentenza, considerata 'abnorme' sotto il profilo giuridico, anche per la rilevanza data alla consuetudine abrogatrice, ha indotto il Ministro della giustizia ad esercitare l'azione disciplinare, deferendo il giudice al CSM. In definitiva, però, va segnalato che la corte di Cassazione esclude l'applicabilità della scriminante allo stato di bisogno economico, atteso che alle esigenze degli indigenti e dei bisognosi provvede la moderna organizzazione sociale per mezzo degli istituti di assistenza.

L'esigenza di un alloggio rientra tra i bisogni primari della persona¹⁷⁹, in conformità dei principi costituzionali che riguardano la persona umana e i diritti a questa inerenti; ma, nel momento in cui si ammette il ricorso alla scriminante con l'estensiva interpretazione del danno grave alla persona, per la tutela di tale diritto, l'indagine giudiziaria diretta a individuarne l'ambito di applicazione deve essere analitica, penetrante e attenta alle esigenze di tutela dei terzi, così da circoscriverne l'applicabilità ai soli casi in cui siano indiscutibili gli altri elementi costitutivi della stessa. Nell'ultimo decennio la giurisprudenza della Corte ha preso le distanze dal più risalente orientamento restrittivo, che sembrava muovere dalla inapplicabilità della scriminante nei casi di necessità abitativa. Non si era fatta applicazione dell'art. 54 c.p. quando il pericolo di restare senza abitazione era evitabile, e cioè quando esisteva la possibilità di soddisfare la necessità attraverso i meccanismi del mercato o dello stato sociale, ovvero quando si era allegata la necessità di sistemare convenientemente la propria famiglia, già abitante in un seminterrato¹⁸⁰, né per aver ampliato un fabbricato senza concessione edilizia, motivato dalla circostanza che più persone erano costrette a vivere in un numero insufficiente di vani con pericolo della promiscuità¹⁸¹: la necessità di ottenere un alloggio non rilevava quindi come giustificazione, quando mancava il presupposto

¹⁷⁹ Cass., sez. II, 26 settembre 2007, n. 35580, in *Guida al dir.*, 2007, n. 50, pag. 78, con commento di SANTORO, *Una doppia occasione di approfondimento che però non produce principi "eclatanti"*. Non manca chi attende una pronuncia delle Sezioni Unite che definisca una volta per tutte l'ambito di operatività della scriminante, e che valorizzi l'ultima presa di posizioni della Cassazione a tutela della posizione di chi si trova in stato di bisogno.

¹⁸⁰ Cass., sez. III, 17 maggio 1990, Sinatra, in *Riv. pen.*, 1991, pag. 167.

¹⁸¹ Cass., sez. III, 4 dicembre 1987, Iudicello, in

di danno grave alla persona¹⁸² e se vi sono altre possibilità, prive di disvalore penale, di evitare il danno¹⁸³.

La Corte aveva peraltro già riconosciuto l'esistenza dello stato di necessità in capo a chi "ammalato gravemente, privo di casa e di risorse economiche occupi, nella stagione invernale, un appartamento disabitato per salvare se stesso ed i figli da un grave danno alla salute"¹⁸⁴.

È stata invece applicata la scriminante "al reato di costruzione senza licenza di un capannone per trasferirvi un piccolo laboratorio di falegnameria con dieci lavoratori, qualora risulti che il laboratorio stesso era destinato alla chiusura perché situato in uno scantinato dichiarato inidoneo e pericoloso"¹⁸⁵, ed anche l'occupazione di un appartamento disabitato da parte di coniugi con sei figli costretti ad abbandonare la propria abitazione malsana e fatiscente, non riusciti ad ottenere l'assegnazione di un alloggio popolare ed impossibilitati a prendere in affitto una casa per gli elevati canoni richiesti, in relazione ai loro redditi¹⁸⁶.

Da sempre attiene allo studio dello stato di necessità la tematica dai conflitti aventi ad oggetto la vita umana, ossia quando una vita può essere salvata solo a spese di un'altra¹⁸⁷, ovvero quando

¹⁸² Cass. sez. VI, 88/180645, in

¹⁸³ Cass., sez. III, 1 dicembre 2000, n.12249, Martinelli, in

¹⁸⁴ Cass., 7 aprile 1972, in *Mass. pen.*, 1974, pag. 336.

¹⁸⁵ Pret. Castelfranco Veneto, 3 febbraio 1978, in *Giur. mer.*, 1978, pag. 51. Non è invece invocabile la scriminante per avere agito in qualità di lavoratori dipendenti, cioè perché costretti dalla necessità di non perdere il posto di lavoro. Fattispecie relativa a reati inerenti al trasporto e alla consegna di prodotti petroliferi.

¹⁸⁶ Pret. Firenze, 12 gennaio 1986, Trentacosti, in *Foro it.*, 1976, II, pag. 311.

¹⁸⁷ Tant'è che in nessun manuale manca l'esempio della zattera di Carneade; si segnala che per risolvere tale conflitto si preferisce per lo più ricorrere alla logica soggettiva di scusa.

il conflitto coinvolge doveri aventi ad oggetto la vita di più persone¹⁸⁸. In tali casi può accadere che la lesione del bene vita avvenga addirittura nella convinzione della giustizia dell'atto¹⁸⁹.

Si ricorda, in proposito, il caso delle gemelle siamesi peruviane, che in grave pericolo di vita erano state portate in Sicilia. Sarebbero sicuramente morte entrambe senza un'operazione di separazione, che avrebbe sicuramente comportato la morte di almeno una delle due. Si tentò quindi l'intervento a favore di quella delle due che sembrava più idonea a sopravvivere. Alla fine morirono entrambe, l'una per le complicazioni post-operatorie, l'altra per una scelta cosciente e volontaria dei medici, che, comunque, non vennero indagati per omicidio.

O, ancora, l'ipotesi in cui un medico si trovi di fronte a due pazienti che necessitano urgentemente di cure rianimatorie, ma disponga di una sola macchina cuore-polmoni. O l'ipotesi del padre che, dall'incendio, possa salvare solo uno dei suoi due figli¹⁹⁰.

In Germania, nel secondo dopoguerra vennero celebrati processi contro i sanitari che avevano partecipato al programma di eutanasia dei malati mentali più gravi¹⁹¹. Le sentenze di merito

¹⁸⁸ VIGANÒ, *Stato*, cit. pag. 531. A pag. 34, l'Autore ricorda il disastro di Zeebrugge, avvenuto nel 1988: un traghetto stava per affondare con un gran numero di passeggeri a bordo, intrappolati nella stiva. La possibile via di fuga, una scala a pioli che conduceva al ponte superiore, era bloccata da un passeggero che, in preda al panico, pietrificato non si muoveva in alcuna direzione, nonostante i tentativi di convincerlo a spostarsi. Allora il capitano ordinò che fosse spinto in mare; l'uomo annegò, ma un gran numero di passeggeri si poté mettere in salvo attraverso la scala.

¹⁸⁹ In tali casi non sembra di muoversi in una logica soggettiva di comprensione per l'umana fragilità, ma piuttosto in quella oggettiva della scelta del male minore (la morte di uno per la salvezza di molti).

¹⁹⁰ JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., pag. 365.

¹⁹¹ Il programma venne ordinato da Hitler con un'ordinanza segreta del 1939. Gli imputati erano accusati di concorso in assassinio per avere redatto le liste dei malati da inviare nei campi di sterminio, e si difesero affermando di avere collaborato al

assolsero gli imputati riconoscendo in loro favore uno “stato di necessità sovraleale”, sul presupposto che il rifiuto di collaborare avrebbe potuto comportare l’uccisione di un maggior numero di malati.

Rende bene l’idea del tipo di conflitto una ipotesi di scuola: il manovratore di scambi ferroviari che si accorga che un treno merci sta per scontrarsi con un treno passeggeri carico di persone, non potendo arrestare la corsa in tempo utile, decide di deviare il convoglio su di un binario morto su cui, però, stanno lavorando pochi operai che saranno travolti ed uccisi dal treno. Se omettesse di azionare lo scambio, abbandonando i passeggeri del treno al loro destino, agirebbe in maniera scorretta non solo da un punto di vista etico, ma anche da quello giuridico: l’astensione dalla condotta omicida, in quel caso, sarebbe antigiuridica. Eppure, azionando lo scambio, non può sottrarsi alla colpa che nasce dal sacrificio di qualche vita umana.

Ognuna delle due alternative appare al tempo stesso doverosa e illecita, e, in linea di massima, il conflitto può venire risolto secondo le seguenti direttrici: quando si trovano in conflitto un obbligo di azione ed uno di omissione aventi ad oggetto la vita umana, prevale l’obbligo di omissione, ma a chi decide comunque di agire non sarà formulabile un rimprovero in termini di colpevolezza. Se invece a

programma di sterminio per salvare almeno una parte dei malati: se infatti avessero rifiutato la loro collaborazione, l’operazione sarebbe stata compiuta da medici più allineati col regime, che, verosimilmente, avrebbero mandato a morte tutti i malati. La liceità della condotta era sostenibile per il fatto che i soggetti sacrificati erano già esposti ad una condizione di pericolo, e il loro sacrificio era comunque condizione per la salvezza di altre persone anch’esse esposte al pericolo. Tenere fermo il divieto di omicidio significava, in questi casi, optare per la morte di tutti, rinunciando alla salvezza di alcuni.

collidere sono due doveri di azione e non sia possibile stabilire quale prevalga, l'adempimento di uno sarà sufficiente motivo per la giustificazione dell'inottemperanza all'altro.

Si segnala, poi, l'applicazione della scriminante putativa in occasione di un blocco ferroviario volto ad impedire il transito di convogli carichi di materiali bellici destinati ad operazioni militari in Iraq, a favore dei pacifisti 'disobbedienti' pur mancando del tutto la erronea supposizione da parte dell'agente¹⁹².

Anche in tema di violazioni delle norme della strada è frequente il richiamo allo stato di necessità; tuttavia l'art. 54 non si ritiene invocabile da chi guida senza patente quando non sia stata dimostrata l'assoluta impossibilità di ricorrere a mezzi di trasporto diversi per provvedere all'opera di soccorso¹⁹³, né si ritiene che l'insorgenza di un pericolo improvviso obblighi il conducente di un veicolo a compiere manovra di emergenza¹⁹⁴. La scriminante è invece applicata al medico che abbia violato le norme sui limiti massimi di velocità per accorrere al letto di un ammalato in seguito ad una telefonata della massima urgenza.

Anche nei processi per mafia è spesso invocato lo stato di necessità, ma viene negato con altrettanta frequenza, in quanto l'eventuale dissenso dalle proposte del vertice espone il membro dissenziente dell'organizzazione ad un grave pericolo di vita, ma non

¹⁹² Trib. Trento, 16 gennaio 1992, Sichele, in *Cass. pen.*, 1993, pag. 442, con commento di CARCANO, *Stato di necessità: il pericolo di un danno grave può essere rappresentato da una guerra evitabile ma giusta?* Esclude invece, la scriminante putativa sulla base del difetto di attualità del pericolo ed inevitabilità della condotta una sentenza relativa a pacifisti che si erano sdraiati davanti agli ingressi della base missilistica di Comiso per impedire l'installazione dei missili ivi destinati Trib. Ragusa, 14 aprile 1984, in *Foro it.*, 1985, II, pag. 22

¹⁹³ Cass. 30 giugno 1988, Fichera, in *Cass. pen.*, 1989, pag. 2254.

¹⁹⁴ Co. Cass. sez. IV, 90/186987 in

rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 54 c.p., poiché tale situazione è stata volontariamente causata dall'accettazione di un ruolo direttivo e deliberativo nel sodalizio criminoso¹⁹⁵. La giustificazione viene altresì esclusa per quel soggetto che presti continuativamente la sua opera per la riscossione del 'pizzo' perché minacciato. Ancora, non si ritiene attuale il pericolo per chi rilasci falsa testimonianza negando di aver ricevuto richieste estorsive da gruppi malavitosi per il timore di eventuali, ancorché prevedibili, reazioni violente in danno proprio o dei propri familiari¹⁹⁶.

La norma, infine, è invocabile anche a tutela di beni della collettività, ma con numerose precisazioni: il gestore di pubblico impianto di depurazione che non può essere chiuso senza pregiudicare gravemente la vita della collettività, non può invocare l'art. 54 c.p. in relazione al reato di inquinamento se l'irregolare funzionamento sia cagionato dalla negligenza dell'imputato che non abbia adeguatamente provveduto per vari anni ad approntare i mezzi necessari per il buon funzionamento dell'impianto¹⁹⁷. È stata altresì invocata l'inesigibilità del comportamento perché l'autorizzazione per lo stoccaggio dei rifiuti era stata richiesta più volte e non rilasciata per inerzia della P.A.¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Co. Cass., sez. II, 2 marzo 1995, n. 5291, Graviano in

¹⁹⁶ Cass., sez. VI, 18 luglio 2001, n.29126, Vitobello ed altri, in *Riv. pen.*, 2001, pag. 930.

¹⁹⁷ Cass., sez. III, 26 settembre 1991, Bernabei ed altri, in *Giur. pen.*, 1993, II, pag. 165, m. 158.

¹⁹⁸ Pret. Crotone, 14 marzo 1994, in *Riv. pen.*, 1994, pag. 1037.

7. Stato di necessità e azione dei pubblici poteri

Nell'ordinamento italiano, come anche in quello tedesco, è capitato talvolta che venisse invocato lo stato di necessità, col fine di giustificare quelle condotte di ordine pubblico che, pur integranti gli estremi di qualche reato, erano perpetrate assertivamente per salvaguardare beni di terzi o della collettività, in pericolo.

Davanti a una molteplice varietà di ipotesi, prendiamo in analisi, in prima istanza, un episodio che ebbe vita nel 1974 ed ebbe come "protagonista" il magistrato genovese Mario Sossi.

Nel 1974 infatti, il magistrato sopracitato fu vittima di un sequestro delle Brigate Rosse. L'intenzione di questa organizzazione era quella di ottenere la liberazione di otto imputati affiliati al gruppo XXII ottobre, già condannati in due gradi di giudizio, e la minaccia esplicita era quella dell'esecuzione di Sossi, qualora la richiesta non fosse stata accolta.

Nonostante l'ordine ministeriale di non cedere a nessuna qualsivoglia forma di compromesso, i brigatisti scelsero la magistratura genovese come diretta interlocutrice, invitando i relativi giudici, a non farsi complici "della volontà criminale del ministro degli interni"¹⁹⁹, concedendo in definitiva quattro giorni per la liberazione degli otto detenuti.

Intervenire così la famiglia di Sossi, che presentò alla Corte d'Appello una richiesta di libertà provvisoria per gli otto detenuti, in quanto "mezzo per la liberazione" del proprio congiunto. La corte

¹⁹⁹ Cfr. la requisitoria del P.g. presso la Co. Cass., 25 maggio 1974, in *Giur. it.*, 1974, II, pag. 545.

accolse l'istanza²⁰⁰ con una motivazione ben specifica:

Vista infatti l'esistenza di un grave e imminente pericolo di vita per l'ostaggio e vista "l'inderogabile ed indilazionabile necessità di impedirne l'omicidio", rimarcando come il diniego avrebbe esposto la corte alla "responsabilità di facilitarne" e addirittura "di incoraggiarne l'esecuzione, attraverso il mancato uso dei poteri attribuiti dalla legge"²⁰¹, l'ordinanza concesse la libertà provvisoria e il nullaosta per il rilascio del passaporto ai brigatisti (a condizione della garanzia di incolumità e della liberazione dell'ostaggio)

Il Giudice Sossi venne effettivamente liberato, successivamente il P.g di Genova impugnò l'ordinanza davanti alla Corte di Cassazione, sottolineandone i vizi e rifiutandosi di darle provvisoria esecuzione, la Cassazione accolse il ricorso²⁰².

In un'altra occasione lo stato di necessità venne invocato nel nostro paese, per legittimare i metodi inquisitori adottati per combattere l'emergenza terroristica.

La vicenda, di notevole impatto presso l'opinione pubblica, vide alla fine del 1981 il rapimento del generale americano Dozier da parte delle Brigate Rosse. All'inizio del 1982 alcuni agenti scelti del NOCS (nucleo operativo centrale sicurezza) fece irruzione nell'appartamento di Padova dove era tenuto prigioniero il generale, e arrestarono i cinque terroristi che lì si trovavano, conducendoli

²⁰⁰ Sulla base dell'allora vigente art. 277 c.p.p. che permetteva di concedere la libertà provvisoria all'imputato in custodia preventiva, "anche nei casi di emissione obbligatoria del mandato di cattura".

²⁰¹ Co. Ass. App. Genova, 20 maggio 1974, in *Giur. it.*, 1974, II, pag. 545.

²⁰² Co. Cass. 17 giugno 1974, in *Giur. it.*, 1974, II, pag. 545. il ricorso venne accolto perché la corte genovese di fatto aveva emesso un provvedimento di libertà definitiva, e quindi era un atto avente solo il nome e l'apparenza di un'ordinanza di libertà provvisoria, mentre in sostanza era esercizio di un potere non riconosciuto dall'ordinamento, quindi inesistente e radicalmente ineseguibile.

nell'ispettorato di zona e tenendoli in isolamento. Nei tre giorni successivi, ad opera di funzionari della polizia, furono sottoposti ad interrogatori con metodi inquisitori, consistenti in finte fucilazioni, scosse elettriche ai genitali, somministrazione di farmaci di natura non precisata, minacce di violenza sessuale, calci, schiaffi, insulti di vario genere²⁰³. Quattro dei cinque arrestati parlarono e le loro informazioni servirono per localizzare un covo terroristico a Milano. Il quinto, Di Lenardo, invece non 'collaborava': dato che gli agenti lo ritenevano il comandante del gruppo e lo pensavano in grado di fornire informazioni molto utili alla lotta contro il terrorismo, furono usate maniere ancora più forti, per indurlo a parlare prima che fosse interrogato dal procuratore della Repubblica. Venne perciò bendato, ammanettato e trasportato in un luogo sconosciuto. Qui fu reiteratamente minacciato e nuovamente percosso. Dato il suo persistente rifiuto, fu ricondotto in caserma, dove gli venne fatta ingerire una mistura di acqua e sale e subì ancora percosse che gli causarono la lesione ad un timpano. In corso di causa questo episodio venne provato, sia per il riscontro medico della lesione del timpano, sia per una serie di ammissioni degli agenti che avevano partecipato all'operazione. I legali degli agenti sostennero che la condotta degli imputati era da ritenersi scriminata dallo stato di necessità, poiché "si proponevano di ottenere dal Di Lenardo informazioni necessarie per salvare il Paese dal pericolo rappresentato dalle attività criminali poste in essere dalle bande armate; pericolo attuale, perché l'esistenza di queste bande e le loro

²⁰³ Trib. Padova, 15 luglio 1983, in *Foro it.*, 1984, II, pag. 230 e ss., con nota di PULITANÒ, *Inquisizione non soave, tra pretese "necessità" e motivi apprezzabili*, e FIANDACA, *Sullo sciopero della fame nelle carceri*.

opere sono fatti tristemente noti e la semplice esistenza di esse costituisce un reato permanente; di un danno grave quindi non ad una persona, ma, nel caso in esame, ad una *societas*, in un rapporto in cui la proporzionalità del mezzo (nella fattispecie violenza privata) è certamente inferiore al pericolo”²⁰⁴. La tesi venne rigettata dal Tribunale, stante il fatto che “i concetti di Stato di diritto e Stato democratico postulano che anche la lotta contro il terrorismo sia fatta con le armi della legalità” e che “proprio per l’uso di tali armi lo Stato si pone in antitesi con il suo nemico: alla barbarie va contrapposta la civiltà”.

Il Tribunale ebbe anche modo di osservare che “le informazioni che si ottengono mediante il ricorso a violenze morali e fisiche nei confronti degli arrestati, sono utili, ma non assolutamente necessarie alla lotta contro il terrorismo; vi sono altri modi legali, più efficaci, per combatterlo, e la storia di questi anni recenti lo ha dimostrato di certo, perché essi si sono rivelati vincenti”.

Gli agenti vennero condannati per abuso di autorità contro arrestati e detenuti ex art. 608 c.p. in concorso con violenza privata ex art. 610 c.p. e lesioni personali ex art. 582 c.p. e, essendo loro riconosciuta l’attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale, le pene irrogate si attestarono attorno all’anno di reclusione, con i benefici di legge. La Cassazione confermò la sentenza.

Un altro caso problematico fu il sequestro dell’on. Aldo Moro.

È a tutti noto che l’esponente democristiano venne rapito dalle Brigate Rosse il 16 marzo 1978. La sua scorta venne sterminata e lo statista tenuto in stato di sequestro per 55 lunghissimi giorni, mentre

²⁰⁴ Trib. Padova, 15 luglio 1983, in *Foro it.*, 1984, II, pag. 266.

i sequestratori emanavano inquietanti comunicati di rivendicazione dell'atto terroristico, chiedendo alle autorità di trattare la liberazione di alcuni prigionieri per la salvezza dell'ostaggio²⁰⁵.

Alcuni esponenti politici sostennero la doverosità morale di una trattativa con i terroristi²⁰⁶, al fine di salvare la vita all'ostaggio; ma venne rigettato ogni stato di necessità statale che coprisse deviazioni dalla legalità. Nondimeno si tentarono trattative con i sequestratori in forme non ufficiali e con la consapevolezza, da parte dei protagonisti, della loro illiceità²⁰⁷. Ciò nonostante, Moro venne barbaramente trucidato e ritrovato cadavere il 9 maggio successivo. Nella sfida mortale la ragion di stato ha prevalso a caro prezzo.

Il caso Abu Omar, invece, fa riferimento al rapimento e al trasferimento in Egitto dell'Imam di una moschea milanese, avvenuto il 17 febbraio 2003 a Milano, ad opera di agenti della CIA, con il supporto dei servizi segreti italiani. Secondo quanto dichiarato dall'interessato, dopo il rapimento sarebbe stato condotto presso la base di Aviano e poi trasferito in Egitto, dove sarebbe stato interrogato e avrebbe subito sevizie e torture. La cattura di Abu Omar rientra nelle c.d. extraordinary rendition, prassi pubblicistica di

²⁰⁵ Si veda, in proposito, la lettera inviata dalle prigioni di Moro a Cossiga, allora Ministro dell'Interno: "la dottrina per la quale il rapimento non deve arrecare vantaggi, discutibile già nei casi comuni, dove il danno del rapito è estremamente probabile, non regge in circostanze politiche, dove si provocano danni sicuri e incalcolabili non solo alla persona ma allo Stato. Il sacrificio degli innocenti in nome di un astratto principio di legalità, mentre un indiscutibile stato di necessità dovrebbe indurre a salvarli, è inammissibile. Tutti gli stati del mondo si sono regolati in modo positivo, tranne Israele e la Germania, ma non per il caso Lorenz."

²⁰⁶ Ad esempio Craxi si espresse per la trattativa, indicando i nomi dei terroristi Besuschio e Buonoconto, in condizioni di salute critiche, per una eventuale concessione della grazia; favorevoli alle trattative si dichiararono inizialmente Fanfani e Bartolomei. Tuttavia, alla fine, la maggioranza dei politici si espresse per la linea della fermezza.

²⁰⁷ Ad esempio da parte dei collaboratori più stretti di Moro, e dalla famiglia dello stesso.

significativa importanza negli USA, e nei paesi Alleati, dopo l'11 settembre.

Ciò che rileva, è che l'intelligence italiana avrebbe collaborato al sequestro dell'Imam, finalizzato ad una forma illegale di rendition, con attività finalizzata a garantire la sicurezza pubblica. Le condanne di agenti statunitensi e italiani emanate nel 2009 per coinvolgimento nel rapimento di Usama Mostafa Hassan Nasr (appunto conosciuto come Abu Omar) sono state confermate dalla Corte di Appello di Milano²⁰⁸. In particolare, la Corte ha confermato le condanne di 25 persone, tra cui 22 agenti della Cia, un ufficiale militare statunitense e due agenti dei servizi segreti italiani, aumentando lievemente le pene inflitte. Si tratta, nel panorama internazionale, della prima condanna per violazione dei diritti umani: nei confronti dei cittadini statunitensi e italiani sono state emanate condanne sino a 9 anni di detenzione per i reati di rapimento e favoreggiamento. Tuttavia la Corte d'Appello ha anche confermato il non luogo a procedere verso cinque funzionari dell'agenzia di intelligence militare italiana (allora chiamata SISMI - Servizio per le informazioni e la sicurezza militare), compreso il suo direttore dell'epoca Niccolò Pollari, e il suo vice Marco Mancini²⁰⁹.

In tale fattispecie, dunque, dove in ipotesi poteva esserci spazio per una verifica dell'applicabilità della norma sullo stato di necessità, non è stata risolta in questo senso, ma con riferimento ad

²⁰⁸ Sent. Co. App. Milano, 15.12.2010. nella sentenza a carico dei 23 agenti della Cia c'è inoltre il risarcimento di un milione e mezzo di euro per l'ex Imam Abu Omar e per sua moglie.

²⁰⁹ Il Tribunale di primo grado aveva emesso il giudizio di non luogo a procedere a causa del segreto di stato che aveva impedito l'utilizzo di prove importanti nel processo. Tale statuizione è oggetto di autonoma impugnativa in appello.

una pregiudiziale di rito e il non luogo a procedere per esistenza del segreto di stato²¹⁰.

Il caso qui in esame è quindi l'emblema del ruolo che la necessità ha assunto nella legislazione speciale.

7.1. La risposta dell'ordinamento italiano

È di particolare interesse la questione del rapporto tra lo stato di necessità e le attività già giuridicamente disciplinate nella loro portata e limiti da specifiche norme di legge o sulla base dei principi generali dell'ordinamento²¹¹.

Nei casi prospettati si poteva teorizzare che gli atti compiuti in speciali circostanze, anche se non coperti da norme autorizzative di diritto pubblico, fossero resi leciti dallo stato di necessità, che veniva ad essere la fonte di poteri eccezionali in capo agli organi pubblici, di fronte a pericoli che richiedevano una risposta immediata e flessibile. Quando l'organizzazione terroristica minaccia personaggi di spicco del potere politico od economico di uno Stato, questo è istintivamente condotto a difendersi con ogni mezzo, e non stupisce che l'opinione pubblica ne sostenga l'operato.

Nel nostro Paese la linea di condotta ufficiale²¹² si ispirò, invece, al rifiuto di ogni trattativa con i terroristi. In realtà le

²¹⁰ Sullo sfondo del caso abu Omar si segnalano numerosi conflitti di poteri per l'opposizione del segreto di stato, suggellati nella sentenza della corte Costituzionale n. 106 del 2009. si veda PILI, *Il segreto di stato nel caso Abu Omar ed equilibri del sistema*, in www.forumcostituzionale.it, 27.1.2010. In proposito si rinvia, dunque, alle considerazioni che verranno svolte nel capitolo VI del presente lavoro a proposito del ruolo della necessità nella legislazione speciale.

²¹¹ Ne accenna anche BELLAGAMBA, *Ai confini dello stato di necessità*, in Cass. pen., 2000, 6, pag. 1832.

²¹² PALMA, *Terrorismo internazionale: risposta dello Stato italiano*, su www.studiperlapace.it.

trattative, che pure non mancarono, si svolsero sempre in segreto e con la consapevolezza, da parte degli esponenti politici che le posero in essere, della loro illegittimità.

Allo stato di necessità si richiamò, implicitamente, la Corte d'Appello di Genova per il caso Sossi ed, espressamente, la difesa degli agenti dei NOCS che avevano liberato Dozier. Ma le decisioni definitive sconfessarono la pertinenza del richiamo alla scriminante.

Fuori dalle aule dei Tribunali, lo stato di necessità venne invocato dallo stesso Moro, dalla prigionia, per invocare lo scambio politico di prigionieri. Ma rimase un appello inascoltato.

Rispetto all'ipotesi di uno scambio di prigionieri, autorizzato in presenza del pericolo attuale e non altrimenti evitabile per la vita dell'ostaggio, si sarebbe qualificata in termini di oggettiva liceità la condotta dei magistrati genovesi che avevano concesso la libertà provvisoria²¹³; rispetto al secondo caso, invece, si sarebbe qualificata come lecita un tipo di inquisizione "non soave"²¹⁴.

Prima di procedere nell'analisi, quindi, è utile sottolineare una ulteriore differenziazione tra le due categorie di ipotesi: da un lato, lo stato di necessità potrebbe venire invocato come norma fondante poteri in capo all'amministrazione pubblica per rispondere a situazioni eccezionali, con compressione dei diritti fondamentali dell'individuo; dall'altro può venire invocato con lo scopo opposto di potenziamento straordinario dei diritti del singolo (come per il caso della concessione di qualche beneficio altrimenti non conferibile).

²¹³ Similmente a quanto avvenne in Germania per il riconoscimento della liceità dei provvedimenti che avevano condotto a buon esito la vicenda Lorenz; vicenda peraltro ricordata dallo stesso Moro nelle lettere del sequestro.

²¹⁴ PULITANÒ, *Inquisizione non soave, tra pretese "necessità" e motivi apprezzabili*, in *Foro it.*, 1984, II, pag. 230.

In prima battuta, quindi, può affermarsi che non vi sia spazio alcuno, nell'ordinamento, per uno stato di necessità scriminante nelle ipotesi di inquisizione "non soave"; mentre residua la possibilità di scriminare la condotta dei pubblici poteri se dettata da ragioni umanitarie in caso di concessioni a richieste di terroristi²¹⁵. Tant'è che si vocifera, come detto, che, superata l'idea di fermezza dello stato di fronte alle pretese di terroristi, oggi la linea di condotta non ufficiale sia quella della trattativa, anche se nelle vicende recenti i comunicati ufficiali escludono sempre qualsiasi concessione alle richieste dei terroristi²¹⁶.

Di recente, e con riferimento al periodo delle stragi di mafia, è assunta agli onori della cronaca la c.d. trattativa stato-mafia, in esito alla quale, nel periodo stragista, lo Stato avrebbe consentito alcune mitigazioni del carcere duro per i soggetti imputati di reati di matrice mafiosa, in cambio di una tregua sul fronte degli attacchi alle istituzioni. Tali vicende sono oggetto, oggi, di verifica giudiziaria.

Tuttavia, se prima dell'undici settembre era facile dichiararsi a favore del rispetto assoluto del principio di legalità e delle garanzie individuali dell'imputato, di fronte ad un pericolo gravissimo per l'intera società, rappresentato dall'emergenza terroristica, oggi una

²¹⁵ MEZZETTI, *Necessitas*, cit., pag. 45 e FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., pag. 272.

²¹⁶ Di trattative non ufficiali, come già detto, si è parlato anche di recente con riferimento ai rapimenti di cooperanti italiani o turisti nelle zone del medio oriente, a seguito della liberazione, di volta in volta, degli ostaggi, con modalità non chiare. Sembra infatti che, a fronte di una linea ufficiale di fermezza, in realtà il Governo italiano più di una volta abbia pagato un riscatto per il rilascio degli ostaggi. Come potrebbe essere avvenuto, ad esempio, nel caso di Daniele Mastrogiacomo, il giornalista di Repubblica che venne rapito a Kandahar, in Afghanistan, il 5 marzo del 2007, per essere poi liberato quattordici giorni dopo, il 19 marzo, al termine di una complessa trattativa; o come sembra essere avvenuto per la liberazione della giornalista Giuliana Sgrena in Iraq. Tuttavia tali vicende, per gli aspetti rilevanti nel presente lavoro, non sono approdate nelle aule giudiziarie e, pertanto, si dubita che verrà l'occasione di fare chiarezza.

risposta così diventa, se non obsoleta, quanto meno sofferta.

E il dilemma, se restare ancorati alle garanzie della legalità formale o perseguire l'obiettivo di una lotta efficace costi quel che costi, si ripropone in tutta la sua drammaticità²¹⁷.

²¹⁷ Per una approfondita disamina delle vari questioni si rimanda a REITANO, *Le misure di contrasto al terrorismo internazionale tra Unione Europea e normativa italiana di adattamento*, in *Ind. pen.*, 2004, 1173; ROSI, *Terrorismo internazionale: le nuove norme interne di prevenzione e repressione. Profili di diritto penale sostanziale*, in *Dir. proc. pen.*, 2002, p. 157; STELLA, *I diritti fondamentali nei periodi di crisi, di guerra e di terrorismo: il modello Barak*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 3, p. 398; VALSECCHI, *Misure urgenti per il contrasto al terrorismo internazionale. Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, in *Dir. proc. pen.*, 2005, p. 1222; VIGANÒ, *Riflessioni in tema di terrorismo*, in *Corr. Mer.*, 2004, 4, p. 427; ID., *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 2, p. 648; PILI, *Il segreto di stato nel caso Abu Omar ed equilibri del sistema*, in www.forumcostituzionale.it; PIEMONTESE, *Ragioni della forza e ragioni del diritto nelle norme in materia di terrorismo internazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1039 ; PIATTOLI, *Se la lotta a Al Qaeda comprime i diritti*, in *Dir. giust.*, 2006, 33, p. 91 ; PECCIOLI, *Il terrorismo quale settore chiave per l'armonizzazione del diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 6, p. 801; PELISSERO, *Terrorismo internazionale e diritto penale*, in *Studium juris*, 2005, p. 1284 ; PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2006, p. 670; MANTOVANI, *Le condotte con finalità di terrorismo*, in *Contrasto al terrorismo interno ed internazionale*, (a cura di KOSTORIS-ORLANDI), Torino, 2007, p. 79; LOSAPPIO, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in *Ind. pen.*, 1, 2007, p. 51; HASSEMER, *Sicurezza mediante il diritto penale* (traduzione di Cavaliere), in *Crit. dir.*, 2008, p. 15; GIUPPONI, *Stato di diritto e attività di intelligence: gli interrogativi del caso Abu Omar*, in *Quad. cost.*, 2006, p. 810; ID., *Sicurezza personale, sicurezza collettiva e misure di prevenzione. La tutela dei diritti fondamentali e l'attività di intelligence*, in www.forumcostituzionale.it; FROSINI, *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, in www.forumcostituzionale.it; FIANDACA-TESAURO, *Le disposizioni sostanziali: linee*, in *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003, p. 126.

CAPITOLO II

1. Concetto materiale di colpevolezza; 2. Una lettura in senso scusante dell'art. 54 c.p.; 2.1. Il pericolo e la sua fonte; 2.2. L'attualità del pericolo; 2.3. L'involontaria causazione; 2.4. La costrizione; 2.5. Il danno grave alla persona; 2.6. L'inevitabilità altrimenti; 2.7. La proporzione; 2.8. Il particolare dovere di esporsi; 2.9. Il soccorso di necessità; 2.9.1. Segue: l'ipotesi del concorso contro la volontà dell'interessato.

1. Concetto materiale di colpevolezza.

Se si conferisce rilievo primario all'istinto di conservazione e all'inesigibilità di un comportamento diverso da quello effettivamente tenuto da parte di colui che si trova in una situazione di pericolo - e che si presume dunque non adeguatamente "motivabile" a causa della pressione psicologica in cui agisce -, lo stato di necessità viene ricondotto alla categoria delle cause di esclusione della colpevolezza.

Una categoria sistematica, quella della colpevolezza, molto discussa e controversa di cui risulta difficile tracciare un profilo definito ed individuare in modo assoluto tutti i contenuti²¹⁸.

Ciononostante, in via di prima approssimazione, essa può definirsi come la rimproverabilità per l'atteggiamento antidoveroso della volontà manifestatosi nella realizzazione di un fatto illecito²¹⁹.

²¹⁸ Come autorevolmente osservato da C. ROXIN, *Culpabilidad y exclusion da la culpabilidad en el Derecho penal*, in *Nueva doctr. pen.*, 1996, p. 335, nessuna categoria è così discussa e nessuna è, al contempo, così imprescindibile come la colpevolezza.

²¹⁹ L'equazione tra colpevolezza e rimproverabilità o riprovevolezza affonda le sue radici nella concezione c.d. normativa ed è oggi molto diffusa nella manualistica più accreditata. Questa idea è stata fatta propria dalla Corte Costituzionale (sent. 23-24 marzo 1988 n. 364, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, p. 710) in virtù di una lettura

In essa si esprime l'ulteriore e conclusivo giudizio che permette di affermare l'esistenza di un reato completo in ogni suo aspetto e dunque punibile, salve le ipotesi in cui la punibilità sia ulteriormente subordinata al verificarsi di determinati eventi, le condizioni obiettive di punibilità, ovvero sia esclusa per particolari ragioni di opportunità le quali "abbiano a sconsigliare la reazione dell'ordinamento penale"²²⁰.

Sul piano della colpevolezza si esprime, quindi, una valutazione in chiave personalistica e l'attenzione si sposta dal fatto illecito al suo autore²²¹.

Ci si dovrà, pertanto, interrogare sulla individuale meritevolezza di pena di quest'ultimo in quanto, come autorevolmente affermato²²², mentre il giudizio di antigiuridicità ha per oggetto il fatto in relazione all'ordinamento, quello di colpevolezza considera il fatto in relazione al suo autore.

Infatti, la valutazione che sta alla base della della tipicità²²³ e dell'antigiuridicità²²⁴ è ancora anonima e impersonale e non tiene

combinata dei commi 1 e 3 dell'art. 27 Cost. Di contrario avviso, invece, M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, pp. 59 e 227, che parla invece di "giudizio di disvalore sul rapporto fatto-autore" e che rifiuta una definizione di colpevolezza in termini di rimprovero.

²²⁰ M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 60.

²²¹ BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, p. 100.

²²² M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, III ed., Milano, p. 325.

²²³ Il fatto tipico è il fatto umano corrispondente alla fattispecie descritta da una norma incriminatrice, inteso come fatto materiale nei suoi requisiti oggettivi (condotta, evento, nesso di causalità). La tipicità del fatto è la necessaria appendice del principio di legalità formale, del *nullum crimen sine lege*, perché solo attraverso la tipicità è possibile indicare ai consociati quali fatti devono astenersi dal compiere per non incorrere nella sanzione penale.

²²⁴ Per antigiuridicità si intende la contrarietà del fatto all'ordinamento giuridico: può invero accadere che un fatto astrattamente corrispondente alla fattispecie descritta nella norma incriminatrice sia giustificato ovvero consentito in base ad una valutazione effettuata alla stregua non solo dell'ordinamento penale, ma dell'intero ordinamento

ancora conto delle caratteristiche personali dell'autore.

Essa si colloca quindi in una dimensione oggettiva in quanto riferibile ancora a chiunque ed è per questa ragione che le cause che escludono l'antigiuridicità non possono che rilevare oggettivamente (art. 59, co. 1, c.p.) e comunicarsi ai concorrenti mentre solo le scusanti operano soggettivamente e limitatamente alla persona a cui esse si riferiscono, non si estendono ai concorrenti e la loro rilevanza è subordinata ad una effettiva conoscenza.

Nel corso della sua evoluzione dogmatica la categoria della colpevolezza ha assunto diverse caratterizzazioni. All'inizio del secolo scorso si riteneva che essa altro non fosse che il legame psicologico che lega l'autore al fatto commesso; pertanto, essa veniva ad identificarsi con il dolo e la colpa mentre l'imputabilità era considerata presupposto della pena.

Si tratta della cosiddetta concezione psicologica della colpevolezza che fu elaborata nel tardo ottocento e che affondava le sue radici nella filosofia naturalistica, la quale cercava di spiegare i concetti giuridici attraverso dati di fatto empiricamente dimostrabili.

Questa concezione ha ispirato i compilatori del nostro codice Rocco e fu autorevolmente sostenuta²²⁵ da una parte della nostra dottrina, ma ben presto rivelò le sue contraddizioni.

Era evidente infatti che il dolo e la colpa difficilmente potevano essere ricondotti a totale unità. Solo il dolo infatti ha un sostrato

giuridico. Poiché dunque un fatto consentito o addirittura imposto in un ramo dell'ordinamento non può essere sanzionato da altro ramo dell'ordinamento, l'interprete, prima di giungere alla conclusione che è stato commesso un illecito penale, deve verificare se il fatto non debba essere ritenuto lecito sulla base di una norma extrapenale, non sia dunque "coperto" da una esimente, da una causa di giustificazione.

²²⁵ G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, p. 85.

psicologico reale (rappresentazione e volontà del fatto tipico) mentre la colpa ha una natura principalmente normativa (violazione di una regola cautelare addebitabile all'autore).

Fu così che agli inizi del novecento venne elaborata una nuova concezione la cui nascita suole farsi coincidere con la pubblicazione di un'opera di R. Frank, dedicata interamente alla costruzione di un nuovo concetto di colpevolezza.

Questa concezione che trovò molti sostenitori anche in Italia²²⁶ si basava sul rapporto di contraddizione tra la volontà dell'autore del fatto e il dovere affermato dal precetto giuridico.

Si trattava di una qualificazione in termini di antidoverosità dell'atteggiamento volitivo dell'autore del fatto: come autorevolmente affermato²²⁷, il "fatto doloso" è un fatto volontario che non si doveva volere, il fatto colposo, un fatto involontario che non si doveva produrre.

La colpevolezza dunque non era più solo riferita al dolo e alla colpa ma essa diveniva un concetto più ampio e più complesso al cui interno si facevano rientrare ulteriori elementi. Tra questi la maturità o la maturità psichica dell'autore, la conoscibilità del precetto e le circostanze concomitanti all'agire umano che incidono sul processo motivazionale e rendono in concreto esigibile o meno il comportamento prescritto dalla norma incriminatrice.

L'anormalità di queste circostanze, da questo momento in avanti, poteva portare a scusare il fatto commesso e a escludere la consapevolezza del suo autore.

²²⁶ Tra gli altri, basti qui ricordare G. BETTIOL, *Colpevolezza normativa e pena retributiva oggi*, in G. Bettiol, *Gli ultimi scritti*, cit., pp. 95 ss.

²²⁷ Sempre G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, cit., p. 85.

La compiuta normativizzazione del concetto di colpevolezza si ebbe con la teoria finalistica dell'azione. Il dolo e la violazione obbiettiva della regola cautelare vennero estromessi dalla colpevolezza e trasferiti nella categoria della tipicità. La colpevolezza non includeva più, quindi, la parte soggettiva del fatto, ma diveniva un concetto normativo cosiddetto "puro" e fondato essenzialmente sulla capacità di intendere e di volere dell'autore al momento del fatto, la consapevolezza, quanto meno potenziale dell'illecito e l'esigibilità del comportamento conforme alla norma.

A questo punto però ci si è chiesti se la colpevolezza sia solo giudizio di rimproverabilità per la commissione di un fatto non giuridico rivolto ad un soggetto capace di intendere e di volere che agisca in condizioni di normalità psichica, o se invece sia necessario un elemento ulteriore in grado di rendere più personalistico questo giudizio. Da tempo infatti, una parte autorevole della dottrina, sostiene che il giudizio di rimproverabilità debba essere posto in relazione all'atteggiamento interiore del soggetto manchevole rispetto al diritto dal quale nascerebbe la decisione per l'illecito²²⁸.

Questo atteggiamento interiore si manifesterebbe attraverso il fatto commesso e ad esempio nei delitti dolosi si risolverebbe nell'ostilità e nell'indifferenza rispetto alle istanze dell'ordinamento

²²⁸ Si tenga presente che nel sistema tedesco federale è lo stesso codice penale a menzionare espressamente, tra le circostanze rilevanti per la commissione della pena, anche l'atteggiamento interiore che nel fatto si manifesta. In Italia è stato Bettiol tra i sostenitori più autorevoli e convinti dell'atteggiamento interiore (*Gesinnung*) quale momento imprescindibile del giudizio di colpevolezza, ne quadro di una visione tendente ad accentuare i profili eticizzanti del diritto penale e in una ottica prettamente retribuzionistica. Più recentemente si inserisce il contributo di M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 332. Valorizza, invece, il ruolo dell'atteggiamento interiore in chiave psicoanalitica, E. MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova, 1989; ID., *L'elemento soggettivo del reato nella prospettiva criminologica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, pp. 87 ss.

giuridico, così come , in quelli colposi, nella noncuranza e nella superficialità nei confronti dei beni tutelati.

Questo tentativo di arricchire la colpevolezza di un elemento più personalistico è andato incontro all'obiezione secondo la quale, ragionando in questi termini, ci si scontrerebbe con un sistema penale concepito come un complesso di norme poste a tutela dei beni giuridici. Il diritto penale dell'atteggiamento interiore rinnegherebbe, secondo questa posizione, il principio della necessaria lesività dell'illecito. Questa obiezione non sembra pertinente in quanto non si tratta nella sostanza di rinnegare l'ancoraggio al principio di necessaria lesività poiché la valutazione dell'atteggiamento interiore non esclude, ma presuppone l'accertamento di un fatto offensivo del bene tutelato.

Piuttosto è il rispetto del principio di legalità ad essere messo in discussione perché se si considera l'atteggiamento interiore indispensabile e quindi se si dovrà procedere all'accertamento in concreto ai fini della sussistenza della colpevolezza, e dunque della responsabilità penale, sarebbe il giudice, e non il legislatore, ad individuare uno dei presupposti della responsabilità con un evidente vulnus del principio della riserva statutale.

2. Una lettura in senso scusante dell'art. 54 c.p.

Nei prossimi paragrafi verranno esaminati e approfonditi i requisiti e gli elementi essenziali previsti dall'art. 54 c.p. secondo una lettura soggettivante e scusante, quindi seguendo un approccio che potremmo definire di natura differenziale.

2.1. Il pericolo e la sua fonte

Lo stato di necessità prevede, ai fini della sua integrazione, che i beni personali o di un terzo per la cui salvezza l'agente commette un fatto tipico di reato siano esposti ad un pericolo attuale, con tale espressione intendendosi che la situazione da cui lo sviluppo può verificarsi deve essere già presente.

Detto in altri termini anche se può difettare l'attualità del grave danno alla persona, non può tuttavia mancare la probabilità che in un breve lasso di tempo il predetto danno si avveri.

Anche se non mancano pronunce molto rigorose in tema di attualità del pericolo, secondo cui quest'ultimo per essere tipico ai sensi dell'articolo 54 c.p., deve risultare incombente, è preferibile ritenere che il requisito in esame, non richiedendo l'imminenza del danno, sia riferibile anche solo ad una minaccia ragionevole di una causa prossima di danno, da valutarsi alla stregua di tutte le circostanze contingenti di tempo e di luogo, di tipo di danno temuto e di possibile prevenzione.

Queste conclusioni sembrano far propendere per l'opzione a favore di un accertamento del pericolo su base totale, cioè includendo nel giudizio la considerazione di tutte le circostanze esistenti al momento del fatto, e non soltanto quelle conoscibili ex ante da un osservatore medio, integrate da quelle effettivamente conosciute dall'agente concreto (prognosi postuma a base parziale).

Ad una più attenta analisi, in realtà, la questione non sembra assumere un rilievo decisivo in quanto, pur dovendo propendere per la prima delle soluzioni, altrimenti accogliendo la seconda impostazione verrebbe meno la possibilità di distinguere lo stato di

necessità reale da quello putativo per errore incolpevole, le due ipotesi di stato di necessità prevedono le medesime conseguenze sul piano applicativo.

Deve infatti ritenersi che l'articolo 59, 4 co., c.p., relativo alla rilevanza del putativo in materia di cause di esclusione della punibilità, trovi applicazione anche nel caso in cui si ricostruisca la costrizione in termini psicologico-soggettivi, potendosi ammettere un'alterazione del processo motivazionale anche in caso di erronea supposizione dei presupposti oggettivi dell'esimente. Ciò, ovviamente purchè l'errore non sia ascrivibile per colpa all'agente, sulla scorta, appunto delle circostanze conoscibili da un osservatore medio e purchè il fatto non sia punito come delitto colposo. Di certo non può ritenersi attuale il timore di rappresaglie future; per tanto si è affermato che non rileva, quale elemento dello stato di necessità a giustificazione della condotta di favoreggiamento personale il generico timore di future rappresaglie contro la propria persona da parte del favorito.

Tuttavia, è stato autorevolmente affermato che se per esempio Tizio, sapendo che il cane idrofobo vaga per le vie del paese, dovendo uscire per serie ragioni, porta in prevenzione un' arma fuori dalla propria abitazione, senza averne la licenza non può, solo per tale fatto, ritenersi punibile ai sensi della normativa in materia di porto d'armi.

Il criterio dell'attualità del pericolo, invero, è stato utilizzato dalla giurisprudenza più per escludere l'applicazione dello stato di necessità che per confermarlo. Esempio è il caso dell'occupazione abusiva di immobili, relativamente al quale si è spesso negata

l'operatività dell'esimente in parola in quanto l'occupazione arbitraria di un appartamento dello IACP rientra nella previsione dell'articolo 54 solo se ricorra il pericolo attuale di un danno grave alla persona, non coincidendo la discriminante dello stato di necessità con l'esigenza dell'agente di reperire un alloggio e risolvere i propri problemi abitativi.

Il requisito del pericolo è coesistente al concetto di stato di necessità sia nella sua versione giustificante che nella sua versione scusante.

A scanso di equivoci, va chiarito che l'interpretazione della norma come scusante non impone una soggettivizzazione di tale requisito col suo conseguente scivolamento nel concetto di timore. Una situazione reale di pericolo, vale a dire l'oggettiva probabilità o la rilevante possibilità di verifica del danno costituisce infatti il principale elemento oggettivo della scusante.

Ciò che rileva su un versante soggettivo è che il pericolo venga effettivamente percepito da parte del soggetto agente.

In questo contesto si inserisce la riflessione relativa al rilievo scusante di un pericolo erroneamente supposto dall'agente e inesistente nella realtà, ipotesi che in difetto di una norma specifica disciplinante l'errore sulle situazioni scusanti, non può che ricadere nell'ambito applicativo dell'articolo 59 co. 4 c.p., con conseguente esclusione della responsabilità a titolo di dolo ed eventuale residua responsabilità a titolo di colpa nei casi in cui l'errore sia dovuto a colpa e il fatto sia astrattamente punibile a titolo colposo.

Irrilevante è invece la fonte del pericolo, che può consistere in un evento naturale, nell'aggressione di un animale, oppure in una

condotta umana.

Un caso particolare è costituito dal pericolo scaturente da minaccia umana e che è previsto in via autonoma dall'art 54 co. 3 c.p. Tale previsione soggiace ai medesimi requisiti stabiliti dal primo comma il che rende irrilevante stabilire se il terzo comma si applichi solo alle ipotesi in cui il minacciato agisca nel senso voluto dal minacciante, ovvero in ogni caso in cui il fatto sia comunque determinato dalla percezione del pericolo scaturente da una condotta aggressiva altrui.

2.2. L'attualità del pericolo

Il requisito dell'attualità del pericolo non costituisce una particolarità dello stato di necessità scusante, essendo tra l'altro comune alla legittima difesa che pacificamente costituisce una causa di giustificazione.

Secondo una tesi restrittiva, il pericolo sarebbe attuale solo quando la verifica del danno appaia imminente o addirittura già in atto; quest'interpretazione tanto rigida, senza dubbio influenzata dalla formulazione dell'articolo 49 del codice Zanardelli che espressamente richiedeva l'imminenza del pericolo finisce per comprimere l'operatività stessa dello stato di necessità; paradossalmente l'esimente non sarebbe ad esempio invocabile da parte del testimone rifiutatosi di rivelare i nomi degli appartenenti ad una organizzazione mafiosa che già gli avevano intimato il silenzio, soltanto perché la realizzazione della minaccia del grave danno non appariva ancora imminente al momento della testimonianza.

Secondo una diversa posizione, diffusa soprattutto nella

dottrina tedesca ma condivisibile anche nel quadro dell'ordinamento italiano, il pericolo sarebbe attuale in ogni ipotesi in cui il danno possa verificarsi in un futuro prossimo, ovvero in un più lungo lasso di tempo (c.d. "Pericolo perdurante").

Tale posizione è stata talvolta condivisa dalla giurisprudenza soprattutto in quelle ipotesi riconducibili alla coazione morale ex art. 54 ult. co.. Al di fuori di questi rari casi, la realizzazione della minaccia appare di regola possibile soltanto in un futuro più o meno prossimo.

E' peraltro ovvio che l'attualità del pericolo vada esclusa in presenza di un semplice timore di future rappresaglie così come il requisito non sussiste in presenza di un generico pericolo di danni meramente eventuali a carico di soggetti indeterminati.

Appare sostenibile inoltre che il pericolo sia attuale anche quando sia necessario agire subito per evitare il prodursi in un futuro più o meno prossimo di un danno altrimenti certo (modello dell' "Ora o mai più").

In linea con questa impostazione si è sostenuta la sussistenza del requisito dell'attualità ogni qual volta il rinvio della condotta comporti un peggioramento e non necessariamente il radicale pregiudizio delle possibilità di salvezza del bene in pericolo.

2.3. La non volontaria causazione del pericolo

Si è già avuto modo di rammentare che il pericolo, con le sue caratteristiche di attualità, può originare da qualsiasi fonte, coincidente sia con un evento naturale, sia con la condotta aggressiva di un terzo; senonchè, poiché l'agredito agisce non in legittima difesa, cioè nei confronti dell'aggressore, ma di un terzo estraneo alla

situazione che si è venuta a configurare, la fattispecie richiede che il pericolo non sia stato volontariamente causato dall'agente²²⁹.

Di conseguenza, la minaccia del danno grave alla persona non può avere origine da un contributo eziologico dell'agente stesso, in quanto, altrimenti, non sarebbe tollerabile il sacrificio del bene della persona offesa dal fatto commesso in stato di necessità.

Si discute in merito alla esatta portata dell'avverbio "volontariamente", che, secondo l'indirizzo prevalente, include nel suo ambito tanto il riferimento al dolo quanto alla colpa²³⁰.

Dolo e colpa, invero, entrambi riferiti alla situazione di pericolo, non possono tuttavia estendersi a momenti lontani nel tempo, in quanto, diversamente opinando, la colpa finirebbe per punire la condotta di vita: in questo modo, si scuserebbe il giocatore accanito che, nella prospettiva testè delineata, potrebbe invocare lo stato di necessità se costretto a rubare per acquistare la medicina indispensabile alla moglie malata²³¹.

Sul piano propriamente esegetico, infatti, si afferma che la non volontaria causazione debba precisamente riferirsi alla situazione di pericolo attuale che costituisce il presupposto dello stato di necessità e non un suo mero antecedente²³².

²²⁹ Per un approfondimento cfr. GROSSO, *Il requisito della produzione non volontaria del pericolo nello stato di necessità e nella legittima difesa*, in *Studi in onore di Antolisei*, vol. II, 1965, p. 71.

²³⁰ Cfr. C. F. GROSSO, *Necessità (dir. pen.)*, cit., p. 888; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, II, Torino, 1920, p. 444; AZZALI, *Stato di necessità*, cit., p. 361.

²³¹ In tal senso, M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 572.

²³² Così, ad esempio, GROSSO, *Il requisito della produzione non volontaria del pericolo nello stato di necessità e nella legittima difesa*, in *Studi in onore di Antolisei*, vol. II, 1965, p. 71. Questa affermazione si scontra però non tiene conto che, sul piano del nesso causale, l'agente avrà cagionato la situazione di pericolo ogni qual volta abbia posto in essere la condicio sine qua non della situazione medesima, anche se molto anteriore alla stessa; a titolo esemplificativo, non si vede come si possa escludere che anche chi si sia

Ferma restando la possibilità di applicare l'art 54 c.p. all'agente che abbia commesso il fatto per salvare un terzo, a sua volta autore del pericolo, essendo il requisito della non volontaria causazione del pericolo riferito esclusivamente all'agente, diversa soluzione è stata prospettata in relazione all'ipotesi in cui la malattia costituisca, per l'autore del fatto di reato, conseguenza di una propria scelta: sul punto la giurisprudenza ha escluso che ricorra lo stato di necessità per effetto della mera circostanza che un soggetto tossicodipendente versi in crisi di astinenza, trattandosi della conseguenza di un atto di scelta libera, quindi evitabile, da parte dell'agente.

In particolare, l'imputato, accusato di furto aggravato di una autovettura, avendo invocato l'art. 54 c.p., per essere stato costretto da una crisi di astinenza ad impossessarsi di un veicolo per recarsi in ospedale per assumere il metadone, si è visto rigettare le proprie argomentazioni²³³.

Sempre nell'ambito della casistica emersa in sede applicativa, interessante appare anche l'eventualità del pericolo derivante da un ruolo direttivo assunto in una organizzazione mafiosa. Anche in tal caso, infatti, la Suprema Corte ha negato l'applicabilità dell'articolo 54 c.p., in quanto ha ritenuto che l'accettazione del ruolo deliberativo e direttivo nell'organizzazione sia l'antecedente logico

licenziato dal posto di lavoro abbia cagionato la situazione di grave indigenza nella quale è stato poi costretto a commettere un furto.

²³³ Secondo la Corte di legittimità "non ricorre lo stato di necessità per effetto della mera circostanza di trovarsi nella condizione di tossicodipendenza, giacchè l'art. 54 c.p. presuppone che lo stato di necessità non sia stato determinato volontariamente dall'agente, mentre l'assuefazione agli stupefacenti è il conseguente bisogno imperioso di dosi sempre maggiori o di metadone derivano dal precedente abuso della droga imputabile allo stesso paziente." Cfr Cass. pen., sez. IV, n. 2140/1997, in *Cass. pen.*, 1998, p. 828.

nonché la causa volontaria del successivo evento di pericolo²³⁴.

Sempre in merito al concetto di volontaria causazione del pericolo, si è rilevato in dottrina che il requisito in esame non include anche la colpa, ma solo esclusivamente l'ipotesi dell'intenzionalità nella causazione del pericolo che rende necessario agire contro il terzo non aggressore, oppure dell'accettazione di quest'ultimo quale conseguenza della propria condotta.

Causazione volontaria e causazione colposa sono, infatti, concetti che si escludono a vicenda, come dimostrano l'art. 43 c.p. che definisce la colpa sulla base della non volontarietà dell'evento e l'art. 92 c.p. che distingue, sia pur equiparandole quanto agli effetti pratici, ubriachezza volontaria e ubriachezza colposa.

Conseguentemente, il limite posto dal requisito in parola riferisce alle ipotesi di causazione intenzionale della situazione scusante, nonché a quelle nelle quali l'insorgere di tale situazione sia stata prevista e accettata dall'agente in termini corrispondenti al dolo eventuale.

La dottrina prevalente, tuttavia, attribuisce al requisito della volontaria causazione un significato alternativo di "con dolo o colpa"²³⁵ basando la propria convinzione sulla considerazione che

²³⁴ Con riferimento alla strage di Capaci, infatti, la Suorema Corte ha chiarito che "la circostanza che l'eventuale dissenso dalle proposte del vertice di Cosa nostra esponga il membro dissenziente ad un grave pericolo di vita, non può portare in suo favore l'applicabilità dell'art. 54 c.p. in ordine ai delitti la cui esecuzione venga decisa, essendo stata tale situazione volontariamente causata dall'accettazione di un ruolo direttivo e deliberativo nel sodalizio criminoso, oltre che dall'adesione alla procedura associativa che impone per le decisioni più importanti la partecipazione di ogni associato che tale ruolo rivesta". In tal senso Cass. pen., sez. II, n. 5291/1995, in *Giur. it.*, 1995, II, p. 671, nonché in *Giust. pen.* 1995, II, p. 593.

²³⁵ GROSSO, *Il requisito*, cit., p. 71; FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, cit. p. 261; FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, col. I, cit., p. 340; ROMANO, *Commentario*, cit., p. 536.

tale interpretazione meglio armonizza con l'esigenza di limitare il più possibile il sacrificio del bene di un terzo innocente.

Un simile argomento difficilmente riesce ad essere condiviso posto che non vi è in discussione la liceità del sacrificio del terzo, bensì, principalmente l'esigibilità della condotta dal punto di vista del soggetto agente.

Si è opportunamente richiamata, a tal proposito, quella giurisprudenza formatasi in materia di circolazione stradale e di manovre di emergenza del conducente di un veicolo che si sia trovato in situazione di pericolo determinata da precedente e altrui condotta colposa, nel caso in cui la responsabilità per delitto colposo è costantemente affermata in caso di evento mortale o lesivo cagionato a terzi.

La soluzione cui perviene la giurisprudenza è coerente a quelli che sono i comuni criteri di accertamento della colpa, che non è esclusa allorchè l'evento lesivo possa ritenersi una conseguenza prevedibile della violazione di regole cautelari volte a prevenire anche l'insorgere di situazioni di emergenza.

Allo stesso modo, non mancano, anche se sono di gran lunga meno frequenti, pronunce che manifestano una maggiore apertura verso la possibilità di invocare lo stato di necessità in caso di manovre di emergenza; si è ritenuto, infatti, che il conducente di un veicolo che risulti coinvolto in una improvvisa situazione di pericolo determinata da una altrui condotta non risponde a titolo di colpa per non aver posto in essere una manovra di emergenza idonea ad

evitare l'incidente²³⁶.

Infatti, è proprio la situazione di emergenza, con le sue ovvie implicazioni di natura psichica, a determinare l'esclusione dell'elemento volontaristico.

Come abbiamo visto il requisito della non volontarietà presenta diversi profili problematici, tra i quali non è possibile non menzionare il nodo relativo alla sua asserita incompatibilità con la lettura in senso scusante che stiamo cercando di fare.

Non si comprende infatti come possa ritenersi che la situazione psicologica di chi agisce in stato di necessità possa ritenersi diversa a seconda di quale sia stata la causa del pericolo.

Di converso, è stato autorevolmente affermato che essa non muta qualunque sia stata la genesi del pericolo.²³⁷

All'obiezione mossa è infatti agevole replicare che in tutti gli ordinamenti in cui è stato riconosciuto uno stato di necessità scusante, la non punibilità è condizionata al presupposto che l'agente non abbia egli stesso riprovevolmente cagionato la situazione scusante con il proprio comportamento precedente. Tale presupposto rinvia ad un cosiddetto dovere strumentale al cui adempimento la legge subordina l'operatività della scusante.

Piuttosto il requisito in parola pare più difficilmente armonizzabile con la logica di una necessità giustificante: infatti il valore del bene o dell'interesse in pericolo agli occhi dell'ordinamento, non viene in alcun modo intaccato dal

²³⁶ La scelta di una più oculata e corretta manovra di emergenza sarebbe, infatti, sì esigibile in un giudizio ex post rispetto alla dinamica dell'incidente ma di certo non nell'imminenza della situazione di emergenza. In tal senso Cass. pen., sez. IV, n. 47393/2008, in *Rass. Foro Arianese*, 2009, 2, pag. 116.

²³⁷ AZZALI, *Stato di necessità (dir.pen.)*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, 1971., p. 361.

comportamento dell'agente.

Infine ulteriore profilo problematico concerne il soggetto cui debba essere riferito il limite dell'involontarietà nell'ipotesi di soccorso di necessità. Si è discusso se la lettera della legge si riferisca al soggetto agente ²³⁸ così come sostenuto dalla dottrina maggioritaria, oppure il terzo beneficiario del soccorso.

Il limite insuperabile previsto dal legislatore richiede che la situazione di pericolo non sia stata dall'agente volontariamente causata e ogni interpretazione contraria si esporrebbe all'obiezione dell'analogia in malam partem.

Inoltre è facile cogliere la logica che c'è dietro ad una tale soluzione, in quanto, nella prospettiva della scusa, che guarda esclusivamente alla situazione psicologica dell'agente e alla sua rimproverabilità o non rimproverabilità, non ha alcuna influenza la natura del comportamento posto in essere precedentemente dal beneficiario del soccorso.

2.4. La costrizione

Quello della costrizione è il requisito centrale nell'ottica scusante. Meglio, l'elemento della costrizione assume un rilievo essenziale nell'economia della fattispecie, in quanto, dalla ricostruzione dello stesso in senso oggettivo o viceversa psicologico-soggettivo dipende la collocazione sistematica dell'esimente in esame.

La dottrina dominante ²³⁹, infatti, sostiene l'affermazione

²³⁸ Cfr. ad esempio GROSSO, *Il requisito*, cit., p. 74; MOLARI, *Profili*, cit., p. 67.

²³⁹ In particolare è GROSSO, *Il requisito*, cit., p. 74 a dedurre che l'interpretazione oggettiva sarebbe preferibile in quanto meglio armonizzante con la regola generale di

dell'ambiguità semantica del requisito, il quale sarebbe suscettibile di alludere tanto ad una situazione di oggettiva incompatibilità dei beni, quanto ad un requisito di carattere psicologico.

In particolare i sostenitori della natura scriminante dello stato di necessità optano per una lettura della costrizione che riduce la stessa all'oggettiva impossibilità di salvare il bene in pericolo senza sacrificare il bene di un terzo estraneo. Tale interpretazione contrasta con la tesi che individua nello stato di necessità le caratteristiche di una scusante il cui fondamento risiede nell'impossibilità di esigere dall'agente il comportamento alternativo lecito, quando ciò comporta il sacrificio del proprio istinto di autoconservazione o dei sentimenti di solidarietà che lo legano a persone in termini affettivi e di vicinanza intesi in senso lato. Si tratta di casi in cui la condotta posta in essere in concreto è stata influenzata e determinata da una pressione psicologica fonte di perturbamento e di alterazione del processo motivazionale. Tra i sostenitori di questa seconda chiave di lettura si evidenzia che i casi tradizionalmente e generalmente ricondotti a tale figura siano caratterizzati da una effettiva e reale pressione causata dall'uomo o dalla natura. Esempi di scuola sono quelli del naufrago che afferra l'unica tavola di legno idonea a sorreggere una sola persona causando la morte del suo antagonista, ovvero quello dell'alpinista che recide la corda che non è in grado di sorreggere entrambi gli scalatori, facendo così precipitare il suo compagno di avventure.

A ben guardare, tuttavia, il requisito della costrizione, il suo

cui all'art. 59, co. 1, c.p., meglio funzionale ad una estensione dell'area della operatività della scriminante e quindi suggerita da un criterio di favor rei e maggiormente razionalizzabile al requisito della costrizione previsto per la legittima difesa.

significato letterale non è affatto ambiguo in quanto allude non solo ad un preciso nesso di condizionamento psicologico, ma anche ad una situazione di esclusione o restrizione della libertà di agire dell'agente. Secondo tale significato originario, il termine costrizione è utilizzato nelle norme di parte speciale configuranti reati che offendono la libertà della vittima (violenza privata, estorsione, violenza a pubblico ufficiale e concussione solo per citarne alcuni) e in tale significato il termine è altresì utilizzato nel terzo comma dell'articolo 54 c.p.

Tale ricostruzione in chiave scusante non è ovviamente priva di riflessi in materia di comunicabilità ai concorrente, nel senso che rende applicabile nel caso di concorso di persone l'articolo 119 c.p., che limita l'operatività delle cause soggettive di esclusione della pena a coloro a cui si riferiscono.

In disparte la disciplina applicativa, ciò che in questo caso è importante sottolineare è che l'effettivo turbamento motivazionale deve essere accertato, non avendo riguardo alla particolare sensibilità individuale dell'agente, bensì al modello generalizzante dell' homo eiusdem professionis hac condicionis, accertamento da effettuarsi con particolare attenzione nel caso del soccorso di necessità, laddove il giudizio di inesigibilità²⁴⁰ è meno scontato rispetto alle ipotesi in cui l'agente sia esposto al pericolo attuale di un danno grave alla propria persona.

La costrizione può determinare un condizionamento completo e assoluto dell'agente ma anche una coartazione di natura relativa, che permette comunque al soggetto la possibilità di agire

²⁴⁰ Cfr. SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, Napoli, 1948.

diversamente, ma al contempo lo sottopone ad una pressione tale da richiedere un sacrificio dell'istinto di autoconservazione o del sentimento di solidarietà nei confronti di terzi.

Ed è proprio quest'ultima ipotesi l'argomento utilizzato dai sostenitori della ricostruzione in senso oggettivo del requisito in esame, in quanto nei casi di soccorso di necessità non sarebbe ravvisabile un condizionamento tale da determinare quell'alterazione del processo motivazionale che invece è richiesto nell'ambito dell'interpretazione in senso soggettivo.

Questa posizione, tuttavia, non tiene conto del fatto che la coazione morale non si identifica con quella forza irresistibile, che la rende assoluta, potendo ricorrere anche quando un soggetto sia indotto a fare qualcosa per assecondare un impulso di sopravvivenza o di solidarietà che, pur condizionando le azioni umane, non le determina in modo invincibile. A riprova di tutto ciò basti sottolineare che lo stato di coazione risulta compatibile con condotte attuate in una condizione di lucidità e di freddezza²⁴¹, in quanto la perdita dell'autocontrollo rappresenta solo un'ipotesi limite di stato emotivo.

Per concludere, la costrizione si riferisce ad una ben precisa realtà psicologica che si compone non solo del nesso causale tra la percezione del pericolo e la reazione dell'imputato, ma anche di un fenomeno di restrizione delle cosiddette libere scelte di azione²⁴²;

²⁴¹ Come acutamente sostiene, seppur in un altro contesto, PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, 1995, p. 51, non si tratta necessariamente di uno "sconvolgimento emotivo" in capo all'agente in quanto ben può essere costretto anche chi agisca in assoluta freddezza e lucidità.

²⁴² Cosicché le possibilità di scelta siano drasticamente ridotte per effetto della situazione, e che di conseguenza la sua condotta non possa dirsi autenticamente libera, bensì mista: né volontaria né completamente involontaria. Questo è sufficiente, in un

diversamente opinando, l'eventuale condanna dell'imputato sarebbe contrastante a quel principio di responsabilità che è alla base della teoria delle scusanti.

2.5. Il danno grave alla persona

La nozione di danno grave alla persona è senza dubbio molto più restrittiva della generica nozione di "diritto proprio o altrui" che si riscontra nella legittima difesa, in quanto è essenzialmente riferibile, quanto meno nelle intenzione del legislatore, ai beni primari come la vita e l'integrità fisica²⁴³.

Tale differenza si giustifica in virtù del fatto che, nello stato di necessità si agisce contro un terzo che, a differenza di quanto avviene per la legittima difesa²⁴⁴ non è l'aggressore ma un estraneo alla vicenda, per cui i suoi beni devono essere salvaguardati il più possibile da tutti quei sacrifici che non siano assolutamente inevitabili.

Secondo una interpretazione evolutiva, tuttavia, la nozione di danno grave alla persona può estendersi ad altri beni quali la libertà, sia fisica che morale, la libertà sessuale, la riservatezza, il pudore e l'onore, tutti beni fondamentali della persona alla luce del principio personalistico che informa la costituzione.

Tuttavia, seppur nella visione allargata, questa limitazione dei beni salvaguardabili a quelli attinenti alla persona e il requisito della gravità del danno minacciato costituiscono, a differenza dei

ordinamento che non pretende l'eroismo dei propri cittadini, affinché la colpevolezza dell'agente possa ritenersi esclusa.

²⁴³ In tal senso, NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, p. 221.

²⁴⁴ Per le differenze tra stato di necessità e legittima difesa, cfr GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964, p. 136.

precedenti, requisiti contrastanti rispetto ad uno stato di necessità come giustificazione, per sua natura tendente a bilanciare beni in gioco e di conseguenza ad applicarsi a conflitti tra beni di qualsiasi natura.

A questa limitazione, viceversa, è possibile fornire due significati nell'ottica scusante. Una prima, che potremmo definire interna alla logica della scusa, secondo cui il legislatore avrebbe limitato l'esimente a quelle ipotesi in cui, secondo la comune esperienza, più forte è l'istinto di autoconservazione e quindi più irresistibile è lo stimolo a commettere il fatto di reato. La seconda, frutto di un compromesso tra la necessità di non indebolire l'efficacia delle norme, secondo cui l'ordinamento fisserebbe un limite di tollerabilità della condotta, qualunque sia la spinta motivazionale cui è sottoposto il soggetto agente.

Va da sé, poi, che più siano forti le istanze general-preventive di contenimento dell'operatività della scusante, tanto più si tenderà ad una lettura restrittiva della clausola del danno grave alla persona; e, viceversa, quanto più si ponga l'accento sulle istanze legate all'attuazione del principio di colpevolezza, tanto più elastica potrà essere la lettura del requisito.

La clausola in questione, infatti, si presta da un punto di vista letterale ad essere riferita - astrattamente - ad una serie di beni diversi dalla vita e dall'incolumità fisica, fermo ovviamente il limite dell'esclusione di ogni effetto scusante di un pericolo imminente su beni di natura patrimoniale.

Ci si riferisce, a titolo esemplificativo, alla libertà sessuale, all'onore, al pudore, alla libertà di domicilio e al diritto di riservatezza,

nonché al diritto alla salute, all'abitazione, ad una adeguata istruzione, ad una esistenza libera e dignitosa e finanche a qualsiasi diritto inviolabile della persona ex art. 2 Cost.

Ora, lo stato di necessità scusante postula, come più volte sottolineato, una intensa spinta motivazionale tale per cui vien meno una equa opportunità di agire diversamente, di conseguenza, molte delle ipotesi appena prospettate appaiono difficilmente compatibili con questo stato di pressione psicologica.

Ad esempio, in un'epoca in cui è decisamente venuto meno il tabù della nudità, rispetto al caso di scuola della bagnante alla quale siano stati sottratti i vestiti, che si impossessa di abiti altrui per non mostrare in pubblico le sue nudità, ovvero con riguardo al diritto di riservatezza del domicilio o al diritto all'educazione dei minori - quest'ultimo assertivamente compromesso dalla promiscua coabitazione in un'unica camera da letto di più fratelli maschi e femmine in età adolescente.

Ne' può rilevare in un'ottica scusante la tutela di un qualsiasi diritto inviolabile della persona in quanto tale, se non quale possibile ed eventuale presupposto di una situazione di forte e di intenso turbamento motivazionale.

Piuttosto, secondo una lettura in senso scusante della norma, nella formulazione legislativa dovrebbero ritenersi compresi solo i beni più strettamente attinenti alla persona fisica, con conseguente esclusione dei pericoli sui beni di natura più spirituale come l'onore e il pudore. Tali pericoli non sarebbero infatti normalmente idonei a causare nell'attuale contesto storico e culturale una pressione motivazionale tale da far apparire l'imputato non meritevole di pena.

All'interno della formula legislativa invece, ben potrebbero rientrare quelle che sono definite le condizioni minime per la sussistenza della persona, nelle quali si concretizza il c.d. minimo indispensabile affinché l'esistenza individuale sia in linea con i principi di dignità dell'uomo.

Queste condizioni minime non sarebbero assicurate ad esempio quando un soggetto, pur non esposto ad un imminente pericolo di morte o di danno alla salute, non disponga dei mezzi di sussistenza per sé o per la propria famiglia, ovvero disponga di tali mezzi al di sotto di una soglia minima di tollerabilità, o ancora sia privo di una abitazione ovvero si ritrovi a vivere in condizioni disumane.

L'equilibrio tra il rispetto del principio di colpevolezza e la necessità di non allargare eccessivamente le maglie della repressione penale è un punto difficile da trovare, tanto più se si considera quanto sia elastico e dai contorni poco precisi il concetto di soglia minima.

Il giudice, in un'ottica scusante, dovrà di volta in volta concentrarsi sul singolo imputato e sulle circostanze che lo hanno indotto ad agire, per cercare di capire se in quella specifica situazione egli abbia avuto una equa opportunità di agire diversamente oppure se chiunque avrebbe agito come lui se si fosse trovato al suo posto.

Ma facciamo alcuni esempi. In relazione al reato di furto, il codice penale (art. 626, 1° comma, n. 2, c.p.) prevede per i casi in cui un soggetto abbia agito con il solo scopo di provvedere ad "un grave ed urgente bisogno" e se il fatto è commesso su cose di tenue valore, una riduzione sensibile della pena massima prevista per il furto (cioè

la reclusione fino a un anno o la pena pecuniaria di 206 euro di multa). Si tratta di uno dei c.d. furti minori, punibili a querela dell'offeso.

I due elementi richiesti dalla fattispecie sono il tenue valore della cosa, da valutarsi in base ad un criterio oggettivo e la “grave ed urgente necessità” (Cass. n. 48732/2014), come ad esempio il bisogno di beni primari (cibo, medicine, indumenti, ecc.) indispensabili per il soggetto agente o per altri, non essendo sufficienti generiche esigenze di povertà o indigenza del colpevole, ma occorrendo invece “una situazione di grave ed indilazionabile bisogno alla quale non possa provvedersi se non sottraendo la cosa” (Cass. n. 32937/2014).

Quanto, all'applicazione della causa di giustificazione ex art. 54 c.p., nella fattispecie del reato di furto, la giurisprudenza è orientata nel senso che lo stato di bisogno economico non è idoneo a configurare la scriminante dello stato di necessità, “atteso che alle esigenze degli indigenti e dei bisognosi si può provvedere con la moderna organizzazione sociale per mezzo degli istituti di assistenza” (cfr., ex multis, Cass. n. 16056/2006) .

Per la sussistenza dell'esimente dello stato di necessità è richiesta infatti, “la concreta immanenza di una situazione di grave pericolo alle persone, caratterizzata dalla indilazionabilità e dalla coerenza, tali da non lasciare all'agente altra alternativa che quella di violare la legge” (Cass. n. 4163/2014).

In merito a tale questione, si è ritenuto non punibile per il reato di cui all'art. 626, n. 2, c.p., applicando le esimenti previste dagli artt. 54 e 59 c.p., chi ha commesso il furto trovandosi in uno stato di

necessità determinato “da indifferibili esigenze attinenti l'alimentazione e alla cure mediche e non avendo obiettivamente altra alternativa per procurarsi i mezzi onde sopravvivere in modo lecito” (Pret. Nardò 18.12.1991).

Mentre, recente giurisprudenza di merito ha ritenuto non punibile una donna, rea di aver sottratto al supermercato dei beni alimentari per un valore pari a circa dieci euro, emettendo verdetto assolutorio in quanto la stessa era stata spinta dal “subitaneo e impellente bisogno” di sfamare i figli piccoli, (Trib. Frosinone marzo 2014), ma non ravvisando lo stato di necessità. Ai fini dell'applicazione della scriminante, secondo la sentenza, l'agente deve compiere l'azione delittuosa in conseguenza di un pericolo attuale di un danno grave alla persona, non altrimenti evitabile, pertanto, la stessa non può ritenersi sussistente “in relazione a reati che si asserisce provocati da uno stato di indigenza economica dell'agente, connesso alla situazione socio-economica dello stesso, qualora ad essa possa comunque ovviarsi attraverso comportamenti non criminalmente rilevanti” (Trib. Frosinone marzo 2014).

2.6. L'inevitabilità altrimenti e la necessità della condotta

L'interpretazione dei requisiti della condotta con la quale il pericolo deve essere evitato non varia significativamente a seconda che si segua una lettura scusante o scriminante della disposizione normativa.

A differenza che per la legittima difesa, però, dove tra l'altro l'inevitabilità del pericolo non è neppure espressamente menzionata, l'elemento del pericolo impone una ricostruzione rigorosa dei suoi

presupposti.

La ragione di tanto rigore risiede, anche in questo caso, nella circostanza per cui il sacrificio del terzo può essere ammesso solo in quanto difettano nella situazione concreta alternative innocue oppure meno dannose di quella posta in essere.

Nello stato di necessità, infatti, non si lede il bene di un aggressore, bensì quello di un soggetto estraneo alla genesi della situazione di pericolo, per questo vengono imposte condizioni di liceità della condotta più rigorose.

L'art. 54 c.p., inoltre, richiedendo che il pericolo sia inevitabile, include tra le condotte alternative la cui possibilità non consente di giustificare il fatto offensivo, anche il comportamento che cagioni un pericolo personale per lo stesso agente.

Cioè, mentre la necessità nella legittima difesa viene meno nel caso in cui l'agredito disponga di un *commodus discessus*, ossia di una alternativa sicura ed agevolmente praticabile, nello stato di necessità la mera esistenza di alternative, anche se più difficoltose o più rischiose per il soggetto agente, sarebbe sufficiente ad escludere l'operatività della scriminante.

L'esimente, infatti, non opera quando l'agente ha a disposizione una alternativa anche rischiosa per se stesso, purchè quest'ultima sia egualmente idonea a neutralizzare il pericolo del danno grave alla persona²⁴⁵.

Circa l'inesistenza di alternative lecite o meno lesive, lo stato di necessità ad esempio è escluso allorchè il pericolo possa essere sventato mediante rimedi civilistici o amministrativistici, o comunque

²⁴⁵ MARINUCCI, DOLCINI, cit., p. 175

possa essere sventato mediante condotte non vietate dalla legge.

La giurisprudenza di legittimità si mostra particolarmente rigorosa nella interpretazione del requisito, negando ad esempio che sia sufficiente la mera difficoltà o scomodità a ricorrere a mezzi alternativi leciti ovvero richiamando, nelle ipotesi di commissione del fatto sotto l'effetto di una minaccia da parte di terzi, la possibilità di ottenere adeguata tutela da parte dell'autorità di pubblica sicurezza.

Il rigorismo mostrato dalla Suprema Corte nella interpretazione del requisito della inevitabilità si scontra con incisive critiche da parte della dottrina, la quale sottolinea come le alternative lecite o meno lesive debbano prospettarsi al soggetto come soluzioni davvero praticabili nella situazione concreta e realmente efficaci a neutralizzare il pericolo attuale in cui egli o il terzo destinatario del soccorso si trovano.

L'esistenza di articolati sistemi di sicurezza sociale, di sanità e di edilizia residenziale pubblica non garantiscono necessariamente che l'autorità statale sia sempre in grado di far fronte in modo tempestivo a situazioni di grave disagio individuale integranti gli estremi del pericolo attuale di un danno grave alla persona.

Di ciò prende frequentemente atto la giurisprudenza di merito, laddove riconosce lo stato di necessità in situazioni caratterizzate dalla totale assenza degli organi pubblici nell'adempimento dei loro doveri costituzionali di assistenza ai bisognosi. Analogamente, l'inevitabilità della condotta dovrebbe essere riconosciuta, nell'ipotesi in cui il pericolo sia determinato dalla minaccia altrui, allorchè la via del ricorso all'autorità appaia come un'alternativa assolutamente inidonea ad assicurare una tutela efficace contro il

minacciante.

Secondo un'ulteriore opinione dottrinale, la condotta sarebbe altrimenti evitabile - con conseguente esclusione dello stato di necessità - soltanto quando l'alternativa concretamente praticabile per il soggetto garantisca eguali possibilità di salvaguardia del bene in pericolo. Invece, nel caso in cui la condotta alternativa appaia dotata di un minor grado di efficacia rispetto a tale obiettivo, il requisito dell'inevitabilità verrebbe ad assumere un carattere elastico, dovendo essere valutato con tanto maggiore vigore quanto più grave sia il fatto commesso, e quanto meno rilevante sia il bene salvaguardato. Nel caso cioè in cui il fatto commesso abbia un basso contenuto di disvalore, e il bene salvaguardato sia, viceversa, di grande rilevanza, lo stato di necessità dovrebbe essere riconosciuto anche nel caso in cui sia ben prospettabile un'alternativa lecita, ma tale alternativa appaia meno idonea ad assicurare un'efficace e tempestiva salvaguardia del bene in pericolo; mentre più rigoroso dovrebbe essere l'accertamento del requisito dell'inevitabilità, ove il fatto commesso presenti un più elevato contenuto di disvalore (per esempio, costruzione abusiva in una zona sottoposta a vincolo paesaggistico).

Così concepito, il giudizio sull'inevitabilità verrebbe ad essere assorbito nel più complessivo giudizio di proporzione che si sostanzia in una valutazione comparativa tra il valore negativo del fatto commesso ed il valore positivo del fatto necessitato.

In senso critico, rispetto a questa tesi, può osservarsi che così concepito, il giudizio sulla inevitabilità non si distinguerebbe più dal giudizio sulla necessità della reazione in tema di legittima difesa.

L'espressa menzione del requisito dell'inevitabilità nell'ambito dell'art 54 c.p., però, non può che sottendere l'esigenza di un maggiore rigore nella valutazione della necessità della condotta rispetto ai criteri utilizzati in tema di legittima difesa; maggiore rigore che si traduce, appunto, nell'obbligo di adottare fin dove possibile rimedi alternativi per la neutralizzazione del pericolo, anche ove tali rimedi appaiano meno idonei allo scopo e anche a costo di un possibile pregiudizio personale a carico dell'agente.

2.7. La proporzione

Il requisito della proporzione assume senza dubbio un significato centrale nell'ottica di uno stato di necessità giustificante²⁴⁶, rappresentando la naturale *sedes materiae* del giudizio di bilanciamento tra beni, interessi o valori.

Nell'ottica scusante²⁴⁷ il requisito potrebbe riferirsi ad uno dei tanti limiti esterni²⁴⁸ cui l'ordinamento subordina, per ragioni

²⁴⁶ Non si nasconde, infatti, che la tipizzazione del requisito della proporzione introduce elementi di indubbia valenza oggettiva, apparentemente incompatibili con il profilo psicologico-soggettivo della ricostruzione in senso scusante dello stato di necessità. Se non che, ad un'attenta considerazione, non è così scontata neppure quest'ultima conclusione, laddove si convenga con la tesi che riconosce anche in materia di scusanti, la possibilità che il legislatore ricorra alla previsione di elementi restrittivi del giudizio di non rimproverabilità, dotati di un certo grado di astrazione, ovvero sia a componenti normo-valutative, generalizzazioni e finanche presunzioni finalizzate ad individuare le situazioni di conflitto idonee ad alterare il procedimento motivazionale. In tal senso BARTOLI, *Unioni di fatto e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010 p. 1599 ss. e Id., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino 2005, p. 100.

²⁴⁷ BELLAGAMBA, *Il limite della proporzione nello stato di necessità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2002, p. 125.

²⁴⁸ E' stato rilevato che le scusanti, a differenza delle clausole di esclusione della colpevolezza, laddove se ne ammetta la distinzione, più che incentrarsi, a differenza delle seconde, sul concreto riscontro di una non rimproverabilità del fatto all'autore, tenuto conto delle sue condizioni fisiche o psichiche, delle sue rappresentazioni e della sua individuale capacità nella contingenza nella situazione data, tendono a descrivere ipotesi in cui la legge attribuisce rilievo a fattori esterni al soggetto e ai loro riflessi

preventive, il riconoscimento della scusa nei confronti dell'individuo. Così la proporzione non richiamerebbe la necessità della prevalenza o dell'equivalenza dell'interesse salvaguardato su quello sacrificato, che è requisito caratteristico di uno stato di necessità giustificante, ma piuttosto l'esigenza di un conveniente rapporto di equilibrio²⁴⁹ tra i beni in conflitto, valutabile discrezionalmente dal giudice secondo un criterio di tollerabilità, da un punto di vista dell'ordinamento, del danno sociale cagionato dall'agente.

Vi è, però, un'altra possibilità, questa volta interna alla logica della scusa e quindi preferibile, vista la tendenziale preminenza del principio di colpevolezza rispetto alle opposte istanze preventive. Proporzione tra fatto e pericolo potrebbe significare, in questa seconda ottica, comprensibilità del fatto dal punto di vista etico sociale, alla luce della capacità di resistenza di fronte ai pericoli che ci si può ragionevolmente attendere da un individuo medio. Il raffronto tra i beni potrebbe, in questa seconda ottica, continuare a svolgere un ruolo nell'economia della proporzione non in quanto limite esterno alla tollerabilità del fatto, ma come criterio probatorio, quale indice di valutazione della congruità della reazione di fronte al pericolo. La portata selettiva del requisito della proporzione nell'accezione ora proposta, risulta essere essenziale, specie nel caso in cui si muova da una interpretazione più estensiva del requisito del danno grave alla persona.

Le diverse impostazioni risentono in qualche modo dell'inquadramento che si ritiene di assegnare allo stato di necessità.

emotivo-psicologici. In tal senso, M. ROMANO, *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in *Riv. it. dir. proc. e pen.*, 1991, p. 40 ss.

²⁴⁹ MOLARI, *Profili*, cit., p. 80.

Come accennato infatti a proposito del paragrafo 35 StGB, il requisito della proporzione tende a svalutarsi progressivamente in corrispondenza dei profili soggettivi della fattispecie; viceversa, quanto più si accentua l'impostazione oggettivizzante, tanto più si irrigidisce lo stesso parametro della proporzione²⁵⁰.

Il tentativo di rendere flessibile il giudizio di comparazione tra i beni contrapposti mediante l'estensione della valutazione sul rango degli interessi all'intensità del pericolo e dell'offesa arrecata al terzo innocente, nonché i mezzi di cui il soggetto in quel momento disponeva, che consente di far riferimento ad una adeguatezza globale del comportamento, invece, risente della necessità di superare lo stallo in cui una ricostruzione in senso esclusivamente scriminante della norma espone l'interprete.²⁵¹

Fuori dall'ottica della scusa, una lettura in senso giustificante dell'art. 54 c.p. richiede che colui che agisce in stato di necessità debba compiere un fatto proporzionato al pericolo. A tal fine il giudizio di comparazione tra beni giuridici in conflitto deve avvenire

²⁵⁰ C. F. GROSSO, *Necessità (dir. pen.)*, cit., p. 889.

²⁵¹ Nell'ambito di quest'ultima prospettiva, si è soliti riportare l'esempio della corsa automobilistica per trasportare in ospedale un ferito che sta per perdere un arto, effettuata secondo modalità tali che lasciano però apparire come improbabile un investimento mortale di terzi, per scongiurare il pericolo di una lesione grave al bene dell'integrità personale, come la perdita definitiva di un arto evitabile solo con un intervento chirurgico tempestivo a favore del soggetto beneficiario dell'intervento soccorritore; nel caso in cui l'azione provochi, per ragioni difficilmente prevedibili ex ante, la morte di un terzo, l'esimente è destinata comunque a trovare applicazione. In tal senso G. DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978, p. 261 ss e FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 304. Se non che, anche l'esempio da ultimo citato può trovare identica soluzione ragionando sul piano della colpa e dell'accertamento della misura oggettiva e soggettiva della stessa. Ciò richiamando la rilevanza di tutte quelle circostanze anormali e non tipizzate che possono inibire le capacità psicofisiche dell'agente, come il terrore, la paura, la stanchezza eccessiva e quell'insieme di situazioni che producono un grave perturbamento psichico, rendendo all'agente necessitata un'azione inosservante della diligenza oggettiva che, in circostanze normali, sarebbe stato in grado di evitare. Cfr in tal senso, Marinucci, *Il reato come azione: critica di un dogma*, Milano, 1971, p. 223.

in modo particolarmente rigoroso, nel senso che il comportamento necessitato può ledere un bene di valore inferiore o al massimo equivalente, ma mai superiore rispetto a quello dell'agente o del terzo esposto al pericolo.

Poiché la norma non parla di equivalenza tra beni, né tra beni superiori o inferiori, bensì di proporzione tra fatto e pericolo, ne consegue che essa richieda una più articolata valutazione del fatto, che tenga in conto sia dell'azione che dell'evento prodotto, in relazione al pericolo contrapposto.

Pertanto, pur dovendo l'interprete senz'altro muovere dalla valutazione del rango dei beni in conflitto, tale operazione, basandosi solo sulle loro caratteristiche in astratto, può non essere sufficiente e richiedere di essere integrata dall'esame dell'intensità del pericolo in atto e della gravità della lesione provocata dalla condotta necessitata, oltre che del disvalore dell'azione stessa. In tale ottica, dunque, occorre effettuare un raffronto tra l'intensità del pericolo cui è esposto l'agente e del rischio connesso all'azione necessitata da lui intrapresa, con la decisiva conseguenza che quando il rischio maggiore è quello incombente sull'interesse del terzo innocente, il rapporto di valore tra i beni deve essere proporzionalmente a vantaggio di quello da salvaguardare; viceversa, qualora il bene di maggior peso coincida con quello aggredito il rapporto tra i rischi deve proporzionalmente pendere a vantaggio di quello salvaguardato²⁵².

²⁵² G. DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978, p. 253 ss e FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 303.

2.8. Il particolare dovere di esporsi al pericolo

La previsione di un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo, quale limite all'operatività dell'esimente in esame, è solitamente invocata quale elemento di natura soggettiva che, in qualche modo, dovrebbe confermare la tesi della funzione di esclusione della colpevolezza piuttosto che dell'antigiuridicità di un fatto tipico, o quanto meno la natura bivalente di molti dei requisiti tipizzati dallo stesso art. 54 c.p.²⁵³

Ad ogni modo, quando un soggetto è titolare di uno specifico obbligo giuridico, sanzionato in caso di inadempimento, di affrontare situazioni di pericolo, e ciò indipendentemente dalla fonte dello stesso, che può identificarsi con una norma di legge o di regolamento, o con un contratto come avviene per alcune categorie professionali, l'esimente in questione è destinata a non operare.

Ciò non toglie, tuttavia, che lo stato di necessità ricorra, sotto forma di soccorso di necessità, qualora tali soggetti compiano un fatto, ovviamente nel rispetto della proporzione, per salvare terzi²⁵⁴, o per salvare se stessi, ma solo nel caso in cui si tratti di pericoli diversi da quelli che sono tenuti ad affrontare²⁵⁵.

Sembra invece preferibile sostenere che non possa essere punito il terzo che apporti un soccorso di necessità a chi ha l'obbligo

²⁵³ Contra MOLARI, *Profili*, cit., p. 103 secondo il quale l'inapplicabilità dello stato di necessità alle persone che hanno un particolare dovere di esporsi al pericolo sarebbe spiegabile solo partendo da una comparazione oggettiva degli interessi in conflitto nella situazione concreta, tra i quali dovrebbe essere annoverato l'interesse pubblico all'adempimento dei doveri istituzionali che su tali soggetti incombono. Dal punto di vista scusante, infatti, la situazione di questi ultimi sarebbe identica a quella di qualsiasi altro soggetto.

²⁵⁴ C. F. Grosso, *Necessità (dir. pen.)*, cit., p. 892; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003, p. 449.

²⁵⁵ M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 576.

giuridico di esporsi al pericolo.

2.9. Il soccorso di necessità

Lo stato di necessità prevede che l'agente possa compiere il fatto necessitato non solo per difendere se stesso, ma anche a beneficio di un terzo esposto al pericolo di un danno grave; presupposto è qui l'assenza di un obbligo giuridico di soccorso²⁵⁶.

La norma in questione non distingue l'ipotesi in cui il terzo da salvare sia un perfetto sconosciuto da quella in cui quest'ultimo sia un prossimo congiunto o una persona comunque legata affettivamente²⁵⁷; pertanto interpretata in senso rigidamente oggettivo, la norma sul soccorso di necessità potrebbe dare luogo ad esiti applicativi difficilmente accettabili, come potrebbe accadere nel caso in cui il terzo innocente sacrificato a beneficio di un altro non versi neppure in una situazione di pericolo. L'accertamento dell'inesigibilità consente di mitigare gli eccessi di una interpretazione fondata esclusivamente sull'indifferenza dell'ordinamento nei confronti della sorte dei beni in conflitto, che mal si concilia, appunto, con l'idea che un bene, che non è neppure posto in pericolo, possa essere sacrificato in vista della tutela di un altro bene, questo sì in pericolo, di cui è titolare un terzo ugualmente estraneo all'agente, sulla scorta di una decisione del tutto arbitraria di quest'ultimo. Il principio di indifferenza dell'ordinamento giuridico, infatti, si addice al solo caso in cui il soccorso di necessità si dirige nei

²⁵⁶ Se fosse presente l'obbligo di soccorso sarebbe applicabile l'art. 51 c.p., con esclusione dell'indennità ex art. 2045 c.c.. In tal senso, GIULIANI, *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, Milano, 1970 p.19 ss.

²⁵⁷ In materia di unioni di fatto, cfr., BARTOLI, *Unioni di fatto e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010 p. 1599 ss.

confronti di uno soltanto dei due beni in pericolo, dal momento che almeno uno di essi è comunque destinato a soccombere²⁵⁸. Ad ogni modo, anche per il soccorso di necessità valgono i requisiti della costrizione e di ulteriori elementi della fattispecie tra cui l'inevitabilità altrimenti dell'azione, la non volontaria causazione del pericolo e il requisito della proporzione. Tuttavia, come già anticipato, a nulla rileva che il terzo abbia dato causa al pericolo da cui è salvato in quanto la norma sullo stato di necessità riferisce la non volontaria causazione del pericolo quale elemento che ne esclude l'applicazione, al solo autore dell'azione necessitata. Nel caso in cui invece il medico intenda staccare dall'apparecchio di rianimazione un ferito gravissimo ed esposto ad un rischio letale, per potervi attaccare un altro ferito che corre il medesimo pericolo, non può venire in rilievo l'applicazione del soccorso di necessità, e ciò non tanto perché difetterebbe il requisito della proporzione, ma perché il medico verrebbe a trovarsi nella tipica situazione di conflitto di doveri²⁵⁹, in cui uno dei due prevale sull'altro sulla scorta degli ordinari canoni di interpretazione.

2.9.1. Segue: l'ipotesi del soccorso contro la volontà dell'interessato

Il tema del soccorso di necessità è spesso invocato in situazioni particolarmente delicate, destinate a ripercuotersi sulla libertà e sulla dignità delle persone, dal momento che l'applicazione indiscriminata di tale esimente può entrare in conflitto con il principio di

²⁵⁸ A tal proposito, M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit, p. 574, auspica che il legislatore intervenga a segnare confini più ragionevoli al soccorso di necessità.

²⁵⁹ Cfr. l'ampia disamina di VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, cit., p. 475 ss.

autodeterminazione di quanti manifestino una volontà contraria al soccorso da parte di terzi²⁶⁰.

E' stato già rilevato che il soccorso di necessità non viene applicato quando sussista un particolare dovere di attivarsi, basti pensare all'art. 593 c.p., oppure a determinate categorie di soggetti - appartenenti alle forze di polizia, gli addetti alla protezione civile, i vigili del fuoco e, in particolare, gli esercenti professioni sanitarie²⁶¹ allorquando rivestono posizioni di garanzia nei confronti di terzi, a loro volta esposti a fonti di rischio oppure incapaci di provvedere in modo autonomo alla loro incolumità.

Si pensi, ad esempio, al paziente incapace di esprimere il proprio consenso informato rispetto all'intervento chirurgico o alla terapia cui viene sottoposto dal medico che lo ha in cura.

Sul punto un utile contributo è offerto dalla giurisprudenza, in particolare a seguito della nota pronuncia con cui la Corte di Cassazione a sezioni unite ha provato a ricondurre ad unità i diversi e confliggenti orientamenti affermatasi nel tempo, sostenendo che non integra il reato di lesioni personali, né quello di violenza privata e pertanto, per quello che qui interessa, non è necessario ricorrere allo stato di necessità per escludere la punibilità della condotta del medico che sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello per il quale si era prestato il consenso. Ciò, ovviamente, nel caso in cui l'intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis*, si sia concluso con esito fausto, essendo da esso derivato un miglioramento delle condizioni di salute del

²⁶⁰ BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza (Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale)*, Milano, 1962, p. 98.

²⁶¹ PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale; profili problematici del diritto di autodeterminazione*, Padova, 1997, p. 55.

paziente, in riferimento anche alle eventuali alternative ipotizzabili e senza che vi fossero state indicazioni contrarie da parte dello stesso²⁶².

Nella medesima prospettiva, inoltre, si deve escludere che il medico possa violare il proprio dovere di soccorso, allorchè ritenga di sospendere la terapia nei confronti di un paziente già in cura a vantaggio di un altro paziente che non può essere salvato se non abbandonando il trattamento terapeutico a vantaggio del primo. Tale conflitto di doveri, infatti, non può trovare soluzione ai sensi dell'art. 54 c.p., dovendosi altrimenti ammettere applicazioni dagli esiti inaccettabili e lesivi della dignità di una persona.

Ancora più problematico appare, inoltre, il caso in cui la persona in pericolo manifesti una volontà contraria all'azione soccorritrice di un terzo. Nei casi in esame occorre distinguere tra atto suicida o autolesionistico, per i quali la dottrina ha ritenuto legittimo l'intervento di un terzo, anche qualora consista nell'esercizio di una controviolenza, e scelte esistenziali di persone che autonomamente decidono di lasciarsi morire. Si pensi, solo per fare un esempio, allo sciopero della fame dei detenuti o alla scelta di allontanarsi dalla comunità ospitante da parte dei tossicodipendenti.

Una visione laica ovviamente nega che un in ordinamento fondato sulla libertà e sulla dignità della persona²⁶³ qualcuno possa soverchiare l'altrui volontà espressa in modo consapevole, a meno

²⁶² Cass. pen., SS. UU., n. 2437/2008, in *CED*, 241752; in *Corr. Merito*, 2009, 3, p. 303; in *Nuova giur. comm.*, 2009, 9, p. 926, con nota di Palermo Fabris, Riondato; in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 4, pp. 427 e 447; per una impostazione per molti versi analoga, cfr. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984.

²⁶³ EUSEBI, *Laicità dignità umana nel diritto penale*, in *Scritti per F. Stella*, I, Napoli, 2007, p. 163.

che non si intenda basare i rapporti intersoggettivi su una sorta di paternalismo autoritario²⁶⁴.

Tuttavia, qualora si autorizzi il soccorso coattivo, ad esempio legittimando l'alimentazione forzata di detenuti in sciopero della fame, il fondamento di tale scelta non si rinviene mai nel soccorso di necessità, bensì in altri particolari istituti, come i trattamenti sanitari obbligatori e nei particolari rapporti di supremazia/protezione dell'amministrazione penitenziaria nei confronti dei detenuti.

Analoghi e ancor più delicati profili di criticità emergono, poi, in relazione all'ipotesi in cui il paziente esprima una volontà contraria alla prosecuzione di una terapia di sostegno vitale, stante la natura eticamente sensibile delle scelte di fine vita e del diritto di una persona di lasciarsi morire²⁶⁵.

²⁶⁴ GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, p. 189 ss; nonché PULITANÒ, *Sciopero della fame e questione carceraria*, in *Democr. e dir.*, 1982, p. 131 ss; ID, *Sullo sciopero della fame di imputati in custodia preventiva*, in *Quest. giust.*, 1982, p. 369 ss.

²⁶⁵ Il tema è vasto e dibattuto per cui si rinvia a DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 902 ss; VIGANÒ, *Esiste un "diritto ad essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine del caso Welby*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, p. 5 ss; VALLINI, *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?*, in *Studium iuris*, 2007, p. 539 ss; RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008; DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico?, Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009.

CAPITOLO III

1. L'esperienza tedesca; 1.1. Lo stato di necessità nel codice del 1871; 1.2. Le norme dell'attuale StGB: 34 der rechtfertigende Notstand; 1.2.1. Segue: 35 der entschuldigende Notstand; 1.3. Alcune applicazioni pratiche; 1.4. Lo stato di necessità e l'azione dei pubblici poteri; 1.5. Le altre ipotesi generali nell'ordinamento tedesco; 2. Cenni allo stato di necessità negli altri ordinamenti e nel diritto internazionale.

1. L'esperienza tedesca

In questo capitolo verrà affrontata una indagine di natura comparatistica tra l'ordinamento tedesco e l'ordinamento italiano, mentre verranno fatti solo dei cenni ad alcuni altri ordinamenti europei ed extraeuropei.

La scelta di focalizzare l'attenzione sull'ordinamento tedesco è dovuta al fatto che in Germania si rinvenno le riflessioni più significative e gli studi importanti in materia di cause di non punibilità, così come è in questo Paese che la teoria tripartita del reato ha visto la sua più ampia elaborazione dogmatica.

Inoltre, non si può non rilevare che, seppure nella diversità degli esiti, numerosi sono i punti di contatto tra l'ordinamento italiano e quello tedesco, sia per tradizione giuridica sia per l'affinità dei percorsi battuti dalla dottrina in questa materia.

1.1. Lo stato di necessità nel codice del 1871.

L'idea di una trattazione differenziata delle ipotesi di necessità risale a Berner, un filosofo di scuola posthegeliana; al momento

dell'emanazione del primo codice nazionale tedesco, infatti, la dottrina tedesca aveva già chiaramente differenziato le ipotesi di necessità giustificante da quelle di necessità scusante. A dispetto di ciò, il Reich²⁶⁶ rimase fedele agli insegnamenti giusnaturalistici dell'esclusione dell'imputazione soggettiva²⁶⁷ e, come nei codici preunitari italiani, la coazione assoluta derivante da una forza irresistibile e quella relativa identificabile nello stato di necessità venne fatta rientrare in una previsione di tipo unitario²⁶⁸.

L'idea della trattazione differenziata venne messa in

²⁶⁶ BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza (Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale)*, Milano, 1962, pag. 36, delinea il quadro della società tedesca di fine Ottocento: "il Reich di Bismark del 1871 era fondato su un equilibrio elastico tra la nobiltà feudale prussiana e la grossa borghesia liberale; ... ma questo equilibrio non aveva una consistenza reale ed era basato piuttosto sulla Realpolitik del Cancelliere; ... accanto al conservatorismo degli Junker, v'era l'altro conservatorismo separatista e cattolico; ... al di sotto delle classi dominanti, il proletariato veniva assumendo sempre più coscienza e forza politica...Dalla caduta del Bismark la politica del governo fu costretta a basarsi su questo più vasto equilibrio di forze sociali, ...ma la crisi mondiale del '14-'18 e i moti del 1918 mostrarono che il proletariato tedesco non era in grado di prendere il potere. Mentre il codice civile tedesco del 1901 non potè non tener conto dell'equilibrio politico post-bismarkiano e delle esigenze tecniche di un paese entrato in pieno nell'epoca sociale, ben più grande era la distanza che separava il codice penale tedesco dallo spirito dell'epoca sociale...questo codice chiudeva un'epoca ma non ne apriva una nuova".

²⁶⁷ Il testo del § 54 evitava riferimenti all'esistenza di un diritto in capo all'agente e ad un bilanciamento tra beni, e si limitava a statuire che "non sussiste un'azione punibile se l'azione, fuori del caso di legittima difesa, è stata commessa in uno stato di necessità incolpevole e non altrimenti evitabile per salvare da un pericolo attuale il corpo o la vita dell'agente o di un suo congiunto". La continuità con l'ottica tradizionale dell'influsso del turbamento motivazionale era d'altro canto corroborata anche dalla limitazione dei possibili beneficiari del soccorso ai congiunti dell'agente; tale continuità risultava ancora più chiaramente nella formulazione del § 52, considerato un caso particolare di stato di necessità: "non sussiste un'azione punibile, qualora l'agente sia stato costretto ad agire a causa di una forza irresistibile o a causa di una minaccia connessa con un pericolo attuale, non altrimenti evitabile, per il corpo o la vita propria o di un congiunto". Al comma 2 si dà la definizione della parentela rilevante per il diritto penale: "si considerano congiunti, agli effetti di questa legge penale, i parenti e gli affini in linea ascendente e discendente, i genitori adottivi e gli sposi che curano l'allevamento di un minore, i figli adottivi e i minori assistiti, i coniugi e i loro fratelli e sorelle, i fratelli, le sorelle e i loro coniugi, e i fidanzati".

²⁶⁸ La dottrina contemporanea, tuttavia, non risparmia critiche ai compilatori, ritenendo la norma inidonea a comprendere i casi, già noti, di autentici diritti di necessità.

discussione a fine Ottocento, periodo il cui di preferì, per spiegare il fondamento dell'esimente, una soluzione unitaria, basata sull'idea che l'azione necessitata non è altro che un'azione semplicemente non vietata dall'ordinamento. Tale ricostruzione, tuttavia, non suscitò particolari consensi tanto che ben presto venne recuperata la trattazione cosiddetta differenziata.

Con l'inizio del nuovo secolo, poi, l'anima oggettiva dello stato di necessità venne consacrata nel codice civile, tanto che i paragrafi 228 e 904 ancora oggi vanno letti in combinato disposto a completamento della disciplina, mentre nel codice penale rimaneva l'ipotesi scusante²⁶⁹.

Ben presto però ci si accorse che il principio dell'interesse prevalente ben potesse essere applicato anche oltre le ipotesi codificate nel BGB, in quanto le scriminanti tipizzate nient'altro sono se non la diretta conseguenza dell'applicazione del principio generale dell'interesse prevalente.²⁷⁰

Con una storica sentenza del Reichsgericht²⁷¹, poi, venne

²⁶⁹ VIGANÒ, *Stato*, cit., pag. 73 nota che la riflessione sullo stato di necessità ebbe un enorme rilievo storico nella costruzione dogmatica delle categorie di antigiuridicità e colpevolezza: infatti entrambi i principi furono elaborati a partire dai modelli rappresentati dalle due anime dello stato di necessità, l'una espressione del criterio dell'interesse prevalente, l'altra dell'elemento normativo della colpevolezza.

²⁷⁰ Lo schema del conflitto di interessi ben si adattava, infatti, alle ipotesi problematiche poste all'attenzione della dottrina, e venne pertanto utilizzato non solo per le cause di giustificazione già esistenti, ma anche per colmare eventuali lacune, tanto che venne creata una categoria di giustificanti cd non codificate.

²⁷¹ La fattispecie concreta da cui scaturì la pronuncia coinvolgeva un medico che aveva effettuato un aborto terapeutico su una gestante che aveva manifestato propositi suicidi nel caso di proseguimento della gravidanza. Il valore 'epocale' di questa sentenza non stava nel riconoscimento dell'interruzione di gravidanza per prescrizioni mediche, già assolutamente usuale nella prassi, ma nel fatto che per un caso dubbio di aborto terapeutico si faceva discendere la non punibilità da un principio generale giustificante condotte tipiche. Nel caso di specie, come specificato dalla Corte, non era invocabile il § 54 StGB, perché presupponeva un pericolo per l'integrità fisica o la vita dell'agente o di un suo congiunto, e non era pertanto applicabile al medico che salvasse una paziente a

ufficialmente riconosciuto nel 1927 uno stato di necessità giustificante sovralegale.

Il richiamo è ad una necessità diversa da quella consegnata dalla tradizione giusnaturalistica, concretantesi in una situazione di conflitto tra due beni giuridici, risolvibile secondo criteri razionali anche da un soggetto estraneo alla situazione di pericolo ed al turbamento motivazionale che ne scaturisce. L'antigiuridicità della condotta viene perciò esclusa col richiamo al diritto non scritto, ricorrendo ai principi generali immanenti all'ordinamento giuridico e, in particolare, al principio del bilanciamento dei beni e degli interessi, così formulato: "nelle situazioni in cui un'azione conforme ad una fattispecie di reato costituisce il solo mezzo per tutelare un bene giuridico o per adempiere un dovere posto o riconosciuto dall'ordinamento, la questione se l'azione sia lecita, non vietata o illecita deve essere risolta sulla base del rapporto di valore, da ricavarsi dal diritto vigente, tra i beni giuridici o i valori in conflitto" (nella fattispecie era evidente la prevalenza della vita della madre su quella del nascituro, e ciò era sufficiente a scriminare il medico che aveva praticato un aborto per tutelare la vita della donna).

La maggior parte della dottrina tedesca accoglie la sentenza con entusiasmo²⁷², anche per la forza espansiva e la duttilità che

lui estranea; né si poteva far ricorso alle norme del BGB, in cui erano considerati solo lesioni di beni patrimoniali. In sintesi, la sentenza stabilisce i seguenti punti: 1) configurabilità di uno stato di necessità sovralegale desumibile dai principi generali dell'ordinamento giuridico, accanto alla figura legale dei §§ 52 e 54 StGB; 2) Possibilità di una doppia soluzione dei conflitti: in primo luogo con esclusione dell'antigiuridicità della condotta e, se ciò non è possibile, solo in seconda battuta col ricorso all'esclusione della colpevolezza; 3) Fondamento dell'esclusione dell'antigiuridicità è il principio del bilanciamento di interessi; quello dell'esclusione della colpevolezza è autonomo rispetto al primo e radicato nella situazione di conflitto motivazionale in cui versa l'agente.

²⁷² Per riferimenti alle discussioni scaturite dalla sentenza si veda BARATTA, *Antinomie*, cit., pag. 18.

dimostra quanto in essa enunciato: la nuova scriminante non esaurisce il suo significato nella giustificazione dell'aborto terapeutico e viene perciò applicata a tutto campo. Per tali ragioni la citata sentenza arriva ad influenzare e a determinare le scelte del legislatore del 1975.

Viene ad esempio richiamata in casi politici, per giustificare, durante l'occupazione francese della Ruhr, il contrabbando di merci per il mantenimento dell'economia della regione²⁷³ e l'uccisione di supposti traditori di organizzazioni partigiane di resistenza contro l'occupazione straniera. Trova frequente applicazione anche in ambito economico: nei casi di sottrazione di benzina all'esercito per bisogni civili; per non punire la violazione di prescrizioni valutarie finalizzate al mantenimento della liquidità in una banca ed altre irregolarità commesse per preservare dei posti di lavoro. Ancora viene invocata per scriminare una vasta gamma di illeciti da circolazione stradale: ad esempio l'abbandono del luogo dell'incidente da parte del guidatore per evitare di essere bastonato dalla folla inferocita; o per consentire al medico di superare i limiti massimi di velocità mentre, in lotta contro il tempo, corre a prestare soccorso ad un paziente. Trova applicazione anche per la rivelazione di segreti professionali, come nel caso del medico che divulga notizie sullo stato di salute di un suo assistito per evitare il contagio di altri suoi pazienti. Infine la richiamano anche un numero considerevole di pronunce giurisprudenziali nell'ambito della vita familiare, ad

²⁷³ E' in questa occasione che viene utilizzata per la prima volta la denominazione di stato 'stato di necessità (giustificante) sovralegale'; la fattispecie contemplava un caso di importazione abusiva di acquavite in un ristorante della Ruhr occupata dai francesi, dove le disposizioni della forza occupante rendevano insopportabile l'attenersi alla legge sul monopolio, la cui osservanza si sarebbe tradotta nella chiusura dell'esercizio.

esempio per spiegare la necessità di privare della libertà personale un malato di mente nei momenti di eccessi furiosi.

Sul versante della logica di scusa, invece, la ricerca di principio generale oltre i casi previsti dal codice penale, non ha la stessa fortuna, pur nel riconoscimento che i casi contemplati nei §§ 52 e 54 non esauriscono la gamma delle condotte non rimproverabili²⁷⁴. Una costruzione convincente individua le circostanze incidenti sulla normalità della motivazione²⁷⁵, come requisito ulteriore rispetto a dolo, colpa e imputabilità, ma l'operatività di tale principio generale di scusa viene limitata alla responsabilità colposa.

Il superamento della limitazione avviene però ben presto, con la scoperta del criterio dell'inesigibilità di una condotta conforme al diritto: un correttivo alla rigidità della responsabilità penale per i casi in cui è possibile affermare che l'agente, in quelle circostanze, umanamente non avrebbe potuto agire diversamente da come ha agito, per cui non è moralmente possibile pretendere un comportamento diverso. Presto il parametro viene ad essere l'uomo medio: in quest'ottica appare, infatti, assolutamente ingiusto punire una persona per un'azione che, probabilmente, sarebbe stata compiuta da qualsiasi cittadino normale, e, non ultimo, anche dal giudice del caso.

²⁷⁴ Ricorrono il caso del cocchiere che, per il timore di licenziamento, su ordine del padrone aveva fatto trainare la carrozza da un cavallo ombroso, che si era imbizzarrito ferendo un passante; del marito che, informato dei gravi rischi per la vita della moglie in caso di gravidanza, non si era astenuto dai rapporti sessuali con la donna, cagionando la gestazione che ne provocò la morte; del padre che aveva omesso di portare la figlia in ospedale, non impedendone, così, la morte, per rispettare una promessa fatta alla moglie morente di non ricoverare mai la figlia. Tali fattispecie si collocavano al di fuori dagli angusti confini delle suddette norme, ma nondimeno ai giudici parve iniquo sanzionare tali comportamenti, anche se non riuscirono a motivare in modo convincente l'assoluzione degli imputati.

²⁷⁵ Frank citato in VIGANÒ, *Stato*, cit. p. 80.

Nonostante le travagliate vicende politiche del Secondo conflitto mondiale, negli anni '60 può dirsi definitivamente assodato il dato giuridico della coesistenza di due anime nello stato di necessità e definitivamente superato il dogma del trattamento unitario²⁷⁶.

Si riconoscono, cioè, uno stato di necessità giustificante, solo in parte positivizzato nei §§ 228 e 904 BGB, e integrato per i restanti casi in via giurisprudenziale, e uno scusante, regolato dai §§ 52 e 54 StGB, non suscettibile di interpretazioni al di là dei casi legislativamente regolati.

1.2. Le norme dell'attuale StGB: § 34 der rechtfertigende Notstand

I compilatori del codice del 1975 ridisegnarono la materia ex novo, prevedendo, per la salvaguardia di beni differenti, due norme separate, con limiti e requisiti diversi, ed inserirono l'una nell'ambito delle giustificanti, l'altra in quello delle scusanti.

Questa impostazione rappresentò il definitivo trionfo della "Differenzierungstheorie" nell'ordinamento tedesco.

L'attuale parte generale²⁷⁷ del codice penale, infatti, contempla due ipotesi denominate stato di necessità giustificante (§34) e scusante (§35), integrate, come si vedrà, dalle norme civili.

Il § 34 StGB regola così lo stato di necessità giustificante: "*Chi commette un fatto per allontanare da sé o altri un pericolo attuale e non altrimenti evitabile per la vita, l'integrità fisica, la libertà, l'onore, la proprietà o un altro bene giuridico non agisce antigiusdicamente*

²⁷⁶ AA.VV., *Digesto delle discipline penalistiche*, 1995, pag. 674.

²⁷⁷ Precisamente: parte generale, sezione II (il fatto), titolo IV (difesa legittima e stato di necessità) StGB.

se nel bilanciamento tra gli interessi in conflitto, ovvero tra i beni giuridici offesi ed il grado del pericolo che li minaccia, l'interesse protetto prevale in modo essenziale su quello lesa. Ciò peraltro vale solo in quanto il fatto rappresenti un mezzo adeguato ad evitare il pericolo"²⁷⁸.

Tale formulazione, come precedentemente detto, non ha antecedente nel precedente codice del 1871 e rappresenta il punto di una evoluzione di tipo giurisprudenziale.

Rispetto alla fattispecie prevista nel nostro codice penale, evidenti sono le somiglianze: entrambi gli istituti richiamano l'attualità del pericolo e la sua inevitabilità altrimenti ed entrambe le norme contengono una clausola di proporzionalità tra fatto e pericolo.

Altrettanto palesi sono, però, le differenze: la norma tedesca prende in considerazione lesioni di beni di diversa natura mentre quella italiana fa riferimento solo al danno alla persona; la norma tedesca, poi, fa esplicito riferimento al bilanciamento degli interessi in conflitto, richiedendo l'"essenziale prevalenza" dell'interesse salvaguardato su quello sacrificato²⁷⁹; infine essa prevede una netta presa di posizione per quanto riguarda la natura della causa di non punibilità in quanto si opta per una qualificazione in senso giustificante.

Quanto ai presupposti, è richiesto il pericolo attuale della lesione del un bene giuridico facente capo all'autore della condotta difensiva.

Tale pericolo incombe quando il bene subisce una minaccia di

²⁷⁸ Cfr *Codice penale tedesco*, a cura di VINCIGUERRA, Padova, 1994.

²⁷⁹ VIGANÒ, *Stato*, cit., p. 93.

lesione, cosicché il verificarsi del danno sembra di prossima verifica.

Non è necessario che l'evento sia assolutamente certo, ma è sufficiente che sia solo probabile; la situazione di pericolo va valutata ex ante, dal punto di vista di un attento osservatore esterno, e si hanno gli estremi per la giustificazione quando, da quel punto di vista, il pericolo appare certo o altamente probabile²⁸⁰.

Il pericolo è da considerare attuale sia quando esso è presente al momento della condotta, sia quando essi è tanto imminente, tanto da far considerare ragionevolmente necessaria l'utilizzazione di strumenti difensivi.

La fonte del pericolo è indifferente in quanto esso può derivare da un evento naturale ma anche dall'azione dell'uomo, così come da un delitto o da una minaccia altrui.

Il pericolo, poi, non dev'essere altrimenti evitabile: ciò non significa che il mezzo adoperato debba necessariamente essere l'unico possibile per allontanare il pericolo, ma che sia, nel caso di più possibilità, il mezzo meno dannoso tra quelli a disposizione dell'agente.

Se il pericolo può essere evitato chiamando in soccorso la forza pubblica, l'uso di ogni altro mezzo esclude gli estremi per l'applicazione della norma.

Si tratta, quindi, di adottare una condotta che sia, tra quelle possibili, quella meno dannosa relativamente alle circostanze, e ciò in quanto l'aggressione coinvolge la sfera giuridica di un terzo estraneo

²⁸⁰ Il danno è probabile, quando c'è la preoccupazione che si realizzi, e lo sviluppo naturale degli eventi fa presagire un'intensificazione del danno, anche se non immediata.

al pericolo e quindi va contenuta quanto più possibile.

La condotta dev'essere, poi, valutata idonea. Giusto per fare un esempio, se nei paraggi di un grosso incendio si trova un solo estintore manuale, la possibilità dell'uso di questo strumento palesemente inidoneo a contrastare il fuoco certamente non influenza la giustificazione della condotta di chi abbia sottratto il cellulare al passante per chiamare i pompieri.

Quanto ai beni tutelati, si ritiene che l'elencazione prevista al § 34 sia, a differenza di quella del § 35, di natura non tassativa. Quindi sono da includersi anche i beni di pertinenza statale o della collettività, oltre che, naturalmente, anche i beni patrimoniali (espressamente menzionati)²⁸¹.

L'elencazione contenuta nella norma ha, infatti, un valore puramente esemplificativo, mentre è decisiva, ai fini interpretativi, il riferimento alla clausola generale che ad ogni altro bene giuridico.

Tra i beni esclusi da ogni possibile bilanciamento rientra il bene-vita, anche qualora il cosiddetto "saldo finale" sia quantitativamente positivo.

Quanto al bilanciamento, il § 34 impone al giudice la concessione della scriminante solo qualora l'interesse protetto dall'autore risulti prevalente in maniera rilevante²⁸².

A tal proposito, è bene precisare che il raffronto non avviene

²⁸¹ Risulta qui evidente la fondamentale differenza con l'art. 54 c.p. italiano, che, limitando il pericolo attuale ad un 'danno grave alla persona', impone una limitazione rigorosa dei beni tutelabili in stato di necessità; e in questo la nostra norma somiglia di più allo stato di necessità scusante tedesco.

²⁸² Anche sotto questo aspetto la disciplina diverge da quella del nostro codice, dove si fa solo menzione della necessaria proporzione tra fatto e pericolo; ma la norma italiana è applicabile solo alle aggressioni di beni di particolare rilievo esistenziale, e, poiché sono a priori escluse le offese bagatellari, non si è ritenuto necessario richiedere anche l'essenziale prevalenza di un bene sull'altro.

tra i beni, ma, come è evidente dalla lettera della norma, tra gli interessi, quindi risulta di fondamentale importanza anche la valutazione delle circostanze in cui si inserisce il conflitto oggetto del giudizio²⁸³.

Per quanto riguarda la prevalenza, poi, essa deve essere chiara, non dubitabile e senza ulteriori qualificazioni.

Così è senz'altro sempre giustificabile la lesione di un bene strumentale per la tutela di un bene primario. Per fare un esempio, è sì applicabile il §34 allo straniero che s'introduca clandestinamente nel territorio tedesco per salvare la propria vita da un imminente attentato, mentre un interesse meramente patrimoniale non può di certo trovare tutela al costo del sacrificio della vita o di beni personali di altri soggetti.

Nelle ipotesi in cui è il bene vita a dover essere sacrificato, come precedentemente detto, non trova applicazione la giustificante, ma può residuare una valutazione in termini di scusa²⁸⁴.

Nel caso di conflitto tra beni patrimoniali dello stesso rango, risulterà decisiva la quantità della lesione minacciata ad entrambi, oppure l'infungibilità dell'uno rispetto all'altro.

La lettera della legge, poi, impone di guardare al grado del pericolo; in base a tale valutazione, un interesse prevale sull'altro

²⁸³ Per raggiungere una soluzione adeguata bisogna ancora inserire nel bilanciamento dei criteri integrativi: si devono tenere in considerazione le concrete modalità di lesione e l'effettiva entità del danno. Può infatti accadere che un bene di valore astrattamente inferiore venga ritenuto prevalente se l'aggressione al bene di maggior valore non minacci che una lievissima lesione, mentre sul primo incomba un danno molto consistente.

²⁸⁴ Questo è un altro punto di divergenza con l'attuale norma italiana. In Italia il riferimento alla sola proporzione tra fatto e pericolo non ostacola l'applicazione della disposizione anche ai casi in cui venga sacrificata la vita del terzo, come nelle classiche ipotesi del naufrago o dell'alpinista.

quando la prospettiva di lesione nei suoi confronti è più probabile, quindi la condotta sarà tanto più scriminabile quanto minore appare la sua portata lesiva²⁸⁵.

Altri fattori da tenere presente sono le possibilità di salvataggio e il rischio di danni successivi al bene stesso in quanto un interesse sarà prevalente quanto minore è la sua possibilità d'essere altrimenti salvato così come sarà prevalente quanto maggiore è il rischio che possa subire altri danni.

Viene qui in rilievo, anche se non espressamente menzionato, un elemento che si inserisce nel giudizio di bilanciamento e che è rappresentato dal particolare obbligo di esporsi al pericolo, da valutarsi come elemento a sfavore dell'agente²⁸⁶.

Non costituisce invece requisito per l'applicazione della norma il fatto che il pericolo non sia colpevolmente causato dall'agente: manca infatti, a differenza che nella disposizione italiana, una previsione normativa di tal fatta²⁸⁷.

La norma prevede, poi, che il fatto commesso sia adeguato a scongiurare il pericolo (cosiddetta clausola di adeguatezza), formulazione tuttavia priva di grande rilevanza pratica, poiché una valutazione in termini di adeguatezza della condotta è già presente al

²⁸⁵ In relazione ai reati di pericolo, la commissione di un delitto di pericolo astratto, ad esempio, è giustificata se controbilanciata dall'aver impedito la verifica di un pericolo concreto: ad esempio può essere consentito un cambio di carreggiata in autostrada dopo aver appreso la notizia che un automobilista sta avanzando contromano a folle velocità.

²⁸⁶ L'esistenza di questo particolare fattore integrante il bilanciamento è dedotta in chiave interpretativa, mentre rappresenta un requisito espresso nella norma italiana e nello stato di necessità scusante del § 35.

²⁸⁷ Tale circostanza non incide neppure sulla ponderazione degli interessi, tranne per il caso che la situazione di necessità sia stata artatamente costruita dall'autore per poter offendere l'altrui bene giuridico.

momento della valutazione degli interessi confliggenti²⁸⁸.

La funzione della clausola viene invocata anche per la tutela della dignità umana in quanto eleverebbe la stessa a limite invalicabile posto a garanzia dell'ordinamento giuridico, divenendo un criterio vincolante di interpretazione.

Infine è considerata l'appiglio normativo per non applicare lo stato di necessità giustificante a coloro che hanno un particolare dovere giuridico di esporsi ad un determinato pericolo.

1.2.1. (Segue): § 35 der entschuldigende Notstand

Il quadro va poi completato con la lettura del § 35, Abs. I: *“Stato di necessità scusante. Agisce senza colpevolezza chi commette un fatto antigiuridico per allontanare da sé, da un congiunto o da un'altra persona a lui vicina un pericolo attuale e non altrimenti evitabile per la vita, l'integrità fisica o la libertà. Ciò non vale se dall'autore, date le circostanze, perché cioè egli stesso ha causato il pericolo o si trovava in una particolare situazione giuridica, si poteva esigere di affrontare il pericolo; tuttavia la pena può essere diminuita ai sensi del § 49 co. 1, se l'autore aveva l'obbligo di affrontare il pericolo ma non in forza di una sua particolare situazione giuridica”*²⁸⁹.

²⁸⁸ Ciononostante, sarebbe forse possibile attribuire un proprio autonomo significato alla previsione: in alcuni casi, infatti, può succedere che la tutela di un interesse anche prevalente sia disapprovata dall'ordinamento giuridico a causa di un superiore principio di interesse comune. Si fa solitamente l'esempio di un soggetto che, ingiustamente accusato in un processo, istiga un testimone a deporre il falso o evade per sfuggire al pericolo imminente sulla sua libertà: tali comportamenti non vengono considerati legittimi. Ancora, è per questa clausola che non è consentito un prelievo coatto di sangue, mentre sarebbe da considerare lecito se si guardasse al mero bilanciamento di interessi, perché il ricevente ne ha un vantaggio sicuramente maggiore del danno cagionato al donatore.

²⁸⁹ *Codice Penale tedesco*, a cura di VINCIGUERRA, cit., p. 76.

La causa scusante ricomprende anche la coazione morale derivante dall'altrui minaccia, che nel vecchio codice trovava regolazione separata, assimilata alla coazione derivante da forza irresistibile.

Il legislatore della riforma ha scelto di ricondurre l'ipotesi nell'alveo della norma generale, e di non porre differenze di trattamento basate sulla fonte del pericolo. La fattispecie del pericolo derivante da altrui minaccia, mancando un riferimento espresso, va inserita per via interpretativa; questa 'dimenticanza' consente tuttavia ad una parte minoritaria della dottrina di non avvalorarla semplicemente come ipotesi di scusa, ma di darne una valutazione in termini di giustificazione o di scusa a seconda degli interessi coinvolti²⁹⁰.

Manca nella norma tedesca il requisito di proporzionalità tra danno cagionato e danno evitato²⁹¹, dal momento che il principio del bilanciamento resta estraneo alla logica della norma.

Espressa è, ancora una volta, l'individuazione di una clausola di esigibilità (Zumutbarkeit) del comportamento, che radica il fondamento della norma nel principio di inesigibilità²⁹², palesandone

²⁹⁰ Per un quadro delle differenti posizioni della dottrina, si veda JOECKS, *Studienkommentar*, Berlin, 1999, pag. 174. Anche in questo caso è poi possibile un veloce raffronto con la norma italiana, che ne evidenzia affinità e differenze. Affine è, ancora una volta, il riferimento all'attualità del pericolo, alla sua inevitabilità altrimenti e alla non volontaria causazione; ma la somiglianza più significativa si riscontra nella delimitazione, in entrambe le norme, a pericoli per beni di immediato rilievo esistenziale. Differente è, invece, la restrizione presente solo nel testo tedesco, dei possibili destinatari del soccorso a congiunti e persone affettivamente vicine all'agente; è una riserva strettamente connessa all'influenza che il pericolo ha sulla motivazione dell'agente: questi subisce un turbamento rilevante solo qualora il pericolo lo investa direttamente o riguardi una persona a lui tanto 'cara' da farglielo percepire come proprio.

²⁹¹ VIGANÒ, *Stato*, cit., p. 93.

²⁹² Sul principio di inesigibilità e sulle sue possibilità di applicazione anche

l'inquadramento tra le scusanti²⁹³.

Si è già precedentemente detto che manca il riferimento al rapporto tra i beni in gioco e per questo motivo che il legislatore limita il riconoscimento della scusante alla sola tutela di beni altamente personali, quali vita²⁹⁴, integrità fisica o libertà, e tralascia del tutto i beni patrimoniali.

L'elenco, a differenza di quello del § 34, è da considerarsi tassativo tanto che non risulta ammissibile la scusa di una condotta volta alla tutela di beni diversi (ad esempio beni patrimoniali) rispetto a quelli espressamente previsti.

Riguardo all'integrità fisica, la tutela non si ferma alle ipotesi di protezione della salute, ma comprende altri pericoli di offesa non irrilevante, come ad esempio la difesa da un abuso sessuale. Deve trattarsi comunque di offese non bagatellari.

In riferimento alla libertà, è da intendersi coinvolta la libertà di movimento, non di decisione o di comportamento, purchè sempre di una certa rilevanza. Il bene si reputa tutelabile anche contro le privazioni minacciate da provvedimenti dell'autorità. In questo modo viene veicolata l'esenzione da pena per gli autori di quei fatti che in

nell'ordinamento italiano si veda FORNASARI, *Principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990.

²⁹³ Nel panorama scientifico tedesco si suole inoltre distinguere tra scusanti (Entschuldigungsgrunde) e cause di esclusione della colpevolezza (Schuldausschliessungsgrunde).

²⁹⁴ Per quanto riguarda la 'vita', è discusso se la dizione ricomprenda anche la vita del nascituro. Chi sostiene una risposta negativa, lo fa argomentando dalla lettera della legge: siccome il soccorso di necessità è scusato solo se in favore di congiunti e persone affettivamente legate all'autore, e siccome si dice che il feto non è riconducibile a dette categorie, si esclude la scusa quando il bene tutelato sia il nascituro. Chi invece lo vuole ricomprendere nell'interpretazione sostanziale del bene vita, denuncia il troppo rigido formalismo di tale impostazione.

Italia ricadono nella previsione dell'art. 384 c.p.²⁹⁵

Il legislatore ha limitato il soccorso di necessità ai soli congiunti²⁹⁶ e a persone particolarmente vicine all'agente in quanto solo quando il pericolo minaccia tali persone, viene percepito dall'autore come proprio, e risulta quindi idoneo a turbare il processo motivazionale dell'agente, cosicché l'ordinamento non muove alcun rimprovero.

Il legislatore non dà una definizione delle 'persone vicine all'agente', e pertanto ne risulta controversa l'identificazione.

Di regola è accolta l'accezione per la quale si intendono richiamati i rapporti personali connotati da una certa durata e caratterizzati da un sentimento di solidarietà simile a quello tra congiunti²⁹⁷.

Viceversa, nella norma italiana non c'è alcuna limitazione dei beneficiari del soccorso di necessità, anche se questa restrizione può essere introdotta in via interpretativa.

Non possono invocare la scusante coloro sui quali grava un particolare dovere giuridico o coloro che hanno dato causa alla situazione di pericolo, in quanto da costoro si esige una tenuta superiore alla media²⁹⁸.

²⁹⁵ SUCHAN, *Sui rapporti tra l'art. 54 e l'art. 384 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1976, pag. 672.

²⁹⁶ Per la rilevanza della parentela non conta quale sia il rapporto reale tra i soggetti perché la 'commensalità' si presume.

²⁹⁷ Segnatamente vengono in considerazione i casi di parentela non riconducibili al § 11 co. 1, n. 1 StGB, come i rapporti zio-nipote, di convivenza fuori del matrimonio, di stretta amicizia, di lunga comunità di abitazione, di rapporto padrino-figlioccio, di fidanzamento, mentre vengono esclusi i rapporti di lavoro o di semplice militanza politica.

²⁹⁸ La limitazione in ogni modo non inficia il principio di inesigibilità: dal momento che si tratta di un concetto normativo, non esclusivamente naturalistico, il legislatore può forgiarlo come meglio crede e stabilire in quali casi si possa presumere l'esigibilità della condotta.

Anche il § 35 richiede che incomba sul bene un pericolo attuale, e del requisito si dà un'interpretazione corrispondente a quella del § 34. In base ad un giudizio ex ante, la probabilità del verificarsi della lesione deve essere così forte da far ritenere indispensabile, al momento della condotta, l'intervento a salvaguardia del bene²⁹⁹.

Il pericolo deve essere anche non altrimenti evitabile. Come già precedentemente detto, l'azione deve rappresentare il mezzo meno dannoso tra quelli efficaci a disposizione dell'agente, quindi devono difettare alternative ulteriormente praticabili. Se esiste un altro mezzo per superare il conflitto, questo deve senza dubbio essere adoperato³⁰⁰.

Quanto alla fonte del pericolo, può indifferentemente essere un evento naturale o una condotta umana³⁰¹.

Rientrano nella logica della scusa anche i reati perpetrati per bisogno alimentare, pur se solo in casi di estrema gravità.

La fonte del pericolo può anche essere l'altrui minaccia: in questo caso non si può richiedere la giustificazione ex § 34, perché la commissione del reato non è da considerarsi il mezzo adeguato per

²⁹⁹ Attuale è anche il pericolo protratto nel tempo e sempre atualizzabile: si veda in proposito il celeberrimo caso 'Spanner', o l'esempio di chi commette reato di falso giuramento perché da tempo minacciato di morte nel caso in cui presti giuramento secondo verità, o il caso dell'uccisione nel sonno del padre iracondo che durante il giorno minaccia ripetutamente madre e sorella.

³⁰⁰ A proposito in giurisprudenza si è ritenuto che un soldato non potesse disertare perché un comando dell'autorità sanitaria del suo reparto lo obbligava ad indossare l'uniforme il cui tessuto gli provocava una reazione allergica, quando poteva 'comodamente' opporre un reclamo all'autorità militare competente. Crf. anche per una disamina di tipo casistico FORNASARI, *Principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, pp. 363 ss.

³⁰¹ Un esempio del secondo caso (condotta umana) è dato dall'assoluzione del figlio parricida che è stato spinto a commettere il delitto dal desiderio che cessasse la condotta vessatoria del padre ubriacone e molesto nei confronti della madre e della sorella.

l'allontanamento del pericolo, ma sicuramente può residuare spazio per la scusa.

L'azione necessitata può aggredire qualunque bene giuridico altrui, in quanto ciò che è necessario ed indefettibile è che sia presente l'intenzione di allontanare un pericolo.

Ne discende che conseguenza indispensabile è che la situazione pericolosa sia conosciuta dall'autore, in quanto se così non fosse verrebbe meno la spinta motivazionale di natura eccezionale che lo spinge commettere il reato per evitare la conseguenza dannosa.

La volontà di allontanare il pericolo accanto deve essere accompagnato, infatti, dalla forte pressione motivazionale che è fondamentale nella formazione della volontà.

Allo stesso modo, non è richiesta che la finalità di salvezza sia l'unica che muove l'autore, in quanto possono coesistere anche più scopi.

La scusante non si applica se dall'autore, date le circostanze, si poteva esigere di affrontare il pericolo. Si ritiene che debba sopportare il pericolo qualora egli stesso lo abbia causato o qualora si trovi in una particolare posizione giuridica che gli impone di esporsi.

I motivi delle due esclusioni sono però differenti: nel caso del dovere giuridico la ragione è da rinvenirsi nella fiducia che la collettività ripone in certe persone, per la loro qualifica professionale (vigili del fuoco, forze dell'ordine, medici, soldati) o perché queste hanno assunto per contratto una posizione di garanzia nei loro confronti (guide alpine, bagnini). Costoro, in sostanza, avranno il dovere di agire per far venir meno la situazione di necessità, ma ciò

non significa che il soggetto qualificati resti 'immune' al turbamento motivazionale; significa solo che, essendo l'esigibilità un concetto normativo, sta al legislatore delimitarne la portata.

Legando il concetto di colpevolezza alle funzioni preventive della pena, si ritiene che lo Stato, avendo il compito di proteggere i beni giuridici, non possa permettere che un soggetto, cui spettano funzioni di protezione di specifici interessi, di sottrarsi ai propri doveri e al contempo apparire di fronte alla comunità come meritevole di andare impunito³⁰².

La circostanza che sia l'agente stesso ad aver causato il pericolo, non ha, di per sé, l'effetto di escludere l'applicabilità della scusante, in quanto tale effetto si produce solo nel caso in cui si può esigere dall'agente una condotta diversa da quella effettivamente posta in essere³⁰³.

In questa tematica ha poi un rilievo particolare la configurazione del soccorso di necessità. Si fa l'esempio del padre che mette colposamente in pericolo la vita del figlio, portandolo in una segheria e del figlio che colposamente mette a repentaglio la propria vita entrando in una segheria senza alcuna precauzione: in entrambi i casi il padre che interviene con una condotta antiggiuridica può invocare il § 35.

Si ritiene peraltro che l'esemplificazione dei casi di esigibilità sia puramente indicativa e che, quindi, esistano altre ipotesi in cui

³⁰² VENAFFRO, *Scusanti*, cit., p. 138.

³⁰³ Ciò accade quando la causazione è colpevole, perché l'esigibilità opera solo nei confronti di chi, fin dall'inizio, merita un rimprovero. Infatti non si ritiene sufficiente la mera causalità tra condotta e pericolo: ad esempio se Tizio invita Caio a fare una gita in barca, non è questo motivo sufficiente per escludere la scusa nel caso in cui una tempesta sorprenda i due amici e Tizio sia costretto a salvarsi a spese di Caio.

l'autore è tenuto ad affrontare il pericolo senza poter invocare la scusante. Ciò accade ad esempio quando l'autore è in una speciale posizione di garanzia nei confronti della potenziale vittima della condotta necessitata. Non viene completamente scusato pertanto il padre che salvi la propria vita a costo di quella del figlio o il marito che si salvi a scapito della moglie. Ovvero qualora la situazione sia creata da un soggetto che agisce in legittima difesa; o per una situazione di bisogno alimentare da non considerarsi eccezionale. In una pronuncia giurisprudenziale si è stabilito che non può appellarsi al § 35 il soggetto ingiustamente condannato ad una pena detentiva che evadendo uccide un secondino, se il processo di condanna si è svolto in base ai principi dello Stato di diritto.

Tuttavia nelle ipotesi in cui il soggetto, pur dovendo affrontare il pericolo, tiene invece la condotta antigiuridica, ci può essere una diminuzione facoltativa della pena: illecito e colpevolezza diminuiscono per le circostanze straordinarie. Tranne per i casi in cui l'obbligo nasce da una particolare posizione giuridica.

Tale limitazione viene da molti ritenuta inopportuna, perché la pressione motivazionale opera anche sui soggetti particolarmente qualificati, e non pare giusto parificare del tutto la qualificazione della loro condotta a quella di chi si trova completamente libero da influssi esterni.

Si ritiene che la diminuzione ai sensi del co. 2 debba trovare applicazione anche quando l'autore abbia agito in una situazione di necessità ma senza adoperare il mezzo meno dannoso per la vittima.

Così come la diminuzione di pena viene in considerazione anche quando non può esserci una giustificazione totale ex § 34 per

manca di proporzionalità o adeguatezza della condotta.

Come già detto, al co. 2 § 35 viene regolata l'ipotesi in cui l'autore, al momento del fatto, supponga erroneamente esistenti i requisiti della situazione necessitata: il soggetto non viene punito se ha compiuto un errore inevitabile, mentre la pena è solo obbligatoriamente diminuita se l'errore era evitabile. Riguardo all'evitabilità dell'errore viene in rilievo l'effettuazione o meno del 'coscienzioso esame' dell'esistenza dei presupposti della scusante: la mitigazione è attuabile solo se l'autore ha fatto un accurato esame delle condizioni.

La ragione di tale irrilevanza trova il suo fondamento nel fatto che solo l'ordinamento e non il singolo tramite la sua falsa rappresentazione, può decidere quando sollevare un giudizio di rimprovero.

Secondo molti si tratta di un'autonoma categoria di errore, perché non incide né sul fatto né sull'antigiuridicità, anche se vengono applicate le regole sull'errore sul divieto del § 17 StGB. Per l'esclusione della pena, l'errore deve cadere su uno dei presupposti di fatto della scusante, e diverse sono le conseguenze se l'errore cade su uno degli elementi normativi della stessa. L'autore è quindi scusato se ha erroneamente ritenuto attuale il pericolo o se non si è reso conto dell'esistenza di un mezzo meno dannoso per la vittima; non beneficia invece della norma se, pur sapendo di trovarsi in una particolare situazione giuridica, ritiene che da lui non sia esigibile la sopportazione del pericolo, o se l'agente ritiene che la scusante opera anche per la tutela di un bene patrimoniale, ed erra quindi sui confini della scusante. Non c'è scusa neppure per chi erroneamente

pensa che ci sia una scusante non codificata³⁰⁴.

Nell'ipotesi di errore evitabile, il giudice può in ogni caso concedere una diminuzione facoltativa della pena, e quindi tenere presente che, pur essendo rimproverabile per la 'leggerezza' nell'agire, il soggetto subisce comunque una pressione motivazionale che gli impedisce di conformarsi alla legge.

1.3 . Alcune applicazioni pratiche.

L'adozione di un modello differenziato, non rappresenta un'inutile moltiplicazione delle fattispecie legali, ma piuttosto una più puntuale definizione degli ambiti operativi delle stesse.

Innegabile il timore che un'applicazione troppo garantista delle norme che escludono la punibilità, siano giustificanti o scusanti, comporta il rischio dell'indebolimento dell'efficacia preventiva delle norme penali³⁰⁵. Tuttavia i correttivi all'applicazione 'pura' dei principi limitano i punti di collisione col sistema, e, anche se sono inidonei a garantire una rigorosa certezza del diritto, sono comunque in grado di indirizzare l'interprete ad un giudizio obiettivizzabile ed in grado di raccogliere consensi circa la prevalenza dell'uno o dell'altro interesse³⁰⁶: il deficit di precisione è quindi da ritenere tollerabile per l'autorizzazione di condotte a contenuto lesivo che realizzino comunque un saldo sociale attivo, mentre per le altre, laddove ci siano posizioni giuridiche individuali inviolabili, residua la sola

³⁰⁴ Per un raffronto con la disciplina italiana in materia di errore si rimanda a CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale: contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000.

³⁰⁵ Per una disamina più approfondita di questa problematica si rimanda a BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, cit., p. 54.

³⁰⁶ Cfr. VIGANÒ, *Stato*, cit., pag. 401, il quale comunque ritiene immotivata tale fiducia nella capacità del procedimento tipico di raccogliere consensi.

possibilità di scusa.

In altre parole, lo stato di necessità giustificante si rivela uno strumento estremamente duttile quando gli interessi siano oggettivamente ponderabili nella scala di valori riconosciuta dall'ordinamento. È tuttavia insoddisfacente in riferimento ai conflitti tra beni incommensurabili o a quelle situazioni necessitate che si fondano su un sostrato di valori etici, come nel caso delle 'comunità in pericolo'. Ma, a colmare la lacuna, soccorre la norma sullo stato di necessità scusante, con un ruolo sussidiario rispetto al § 34: quando non si è in grado di stabilire l'oggettiva prevalenza del bene salvaguardato su quello tutelato, prima di dichiarare la punibilità della condotta, si deve verificare che la condotta conforme al sistema fosse esigibile dal soggetto, in direzione di una maggiore giustizia per il caso singolo.

Vale la pena, a tal proposito, precisare alcune applicazioni pratiche della norma, similmente a come si è fatto per l'ordinamento italiano.

Così come in Italia, anche in Germania lo stato di necessità giustificante è spesso richiamato spesso in tema di contravvenzioni da circolazione stradale: pensiamo al caso emblematico del medico che ha percorso contromano una strada a senso unico per soccorrere un paziente gravemente malato, o che abbia superato i limiti di velocità consentita.

O al caso di chi contravviene all'obbligo di non abbandonare il luogo dell'incidente per non essere bastonato dalla folla; viceversa è solo scusato chi abbandona il luogo del sinistro per correre in ospedale a trovare la moglie gravemente malata.

Quanto al conflitto tra il divieto di uccidere una persona e l'obbligo di impedire la morte di un'altra, come già anticipato, si utilizza un argomento di tipo formalistico ed uno di tipo sostanzialistico. Il primo richiama il § 34: la giustificazione dell'omicidio non è possibile in quanto non sussiste 'l'essenziale prevalenza' del bene salvaguardato non essendo i due beni suscettibili di essere messi a confronto. Tale argomento da solo, tuttavia, non convince³⁰⁷ e più solido sembra l'aggancio a quello sostanziale. Si afferma, infatti, che a parità di bene giuridico il divieto di ledere il bene ha un peso specifico maggiore rispetto al corrispondente obbligo di attivarsi per la tutela del medesimo; ancora una volta viene affermato che prevale il diritto del soggetto a che il terzo si astenga dall'intromettersi nella sua sfera giuridica, sul diritto di quello a che il terzo si attivi in suo favore in una situazione di pericolo³⁰⁸.

Stabilito dunque che il divieto di omicidio prevale, si ritiene comunque di poter riconoscere una scusante sovralegale a chi ha compiuto la scelta giuridicamente errata in quanto la scusa opera sul differente piano del giudizio di colpevolezza dell'agente³⁰⁹.

Per i casi di conflitti di due doveri d'azione, la dottrina

³⁰⁷ VIGANÒ, *Stato*, cit., p. 543.

³⁰⁸ Il che, nel campo medico del trapianto di organi, serve anche ad escludere che il medico debba tutelare ad ogni costo la vita dei cittadini, ad esempio mediante il prelievo di un organo da un donatore forzato. L'adempimento dell'obbligo di tutela della vita, quindi, va rapportato alle risorse disponibili, da acquisire col rispetto delle garanzie dei diritti fondamentali dei donatori.

³⁰⁹ Non si può invocare un coinvolgimento emotivo quando la scelta, nei casi di eutanasia o nel caso dell'intervento sulle gemelle siamesi, è frutto di ponderazione; ma un giudizio di colpevolezza deve comunque essere escluso se, chiunque al posto degli imputati, avrebbe agito allo stesso modo: anche in questi frangenti la condanna suonerebbe ipocrita. Un'altra via da percorrere per la non punibilità è quella dell'errore incolpevole sul divieto in capo agli imputati. In tal senso, VIGANÒ, *Stato*, cit., p. 547.

minoritaria, ritiene, nel caso in cui questi doveri possano essere posti in gerarchia, che il soggetto venga giustificato solo se la norma violata sia quella soccombente nel giudizio di bilanciamento; nel caso di doveri equivalenti, invece, non sarebbe possibile approvare la violazione di nessuno dei due, e la soluzione del conflitto sarebbe da rinvenirsi sul piano della colpevolezza.

La dottrina dominante sostiene, di contro, che l'adempimento di almeno uno dei due doveri equivalenti sia sufficiente per giustificare la condotta³¹⁰. Quindi il soggetto potrà liberamente scegliere a quale dei due doveri prestare ossequio, perché *ad impossibilia nemo tenetur*. Se non fosse giustificata, infatti, la condotta verrebbe ingiustamente assimilata a quella di chi resta inattivo, violando entrambi i doveri e di certo non è pensabile di assimilare la condotta del medico che presta soccorso ad almeno uno dei due pazienti bisognosi di cure a quella del sanitario che, non sapendo chi dei due soccorrere, li lascia morire entrambi.

Questi criteri sono utilizzabili per le ipotesi che la dottrina tedesca chiama di 'pericolo comune': sono ipotesi caratterizzate dal fatto che, in caso di inerzia di chi potrebbe intervenire ci sarebbe una grossa perdita di vite umane, e nel caso di un suo intervento, la perdita sarebbe minore.

La dottrina tedesca ha creato numerosi casi di

³¹⁰ Per riassumere: quando si trovano in conflitto un obbligo di azione ed uno di omissione aventi ad oggetto la vita umana, prevale l'obbligo di omissione. Chi non agisce lo fa legittimamente. Tuttavia chi decide comunque di agire, andrà esente da pena perché non è formulabile nei suoi confronti un rimprovero in termini di colpevolezza.

Quando a collidere siano due doveri di azione e non sia possibile stabilire quale prevalga, l'adempimento di uno sarà sufficiente motivo per la giustificazione dell'inottemperanza all'altro.

Gefahrgemeinschaft, tra i quali si possono ricordare ³¹¹ : il Fährmannsfall, nel quale un barcaiolo porta un gruppo di bambini su un fiume impetuoso, ma accortosi in mezzo alla corrente che non può raggiungere la riva con la barca piena e non potendo salvarsi a nuoto, getta in acqua alcuni di essi per salvarne altri; il Ballonfall in cui, in seguito alla caduta di un aerostato in mare, uno dei due componenti l'equipaggio getta in mare l'altro poiché la navicella non può sostenere entrambi.

Tuttavia, mentre nel secondo caso citato si è evidentemente di fronte ad un pericolo imminente sull'agente che ne influenza il processo motivazionale e ne determina la scusabilità, nel primo, come nei casi precedentemente riferiti, si assiste ad una fredda selezione delle vittime ³¹².

1.4. Lo stato di necessità e l'azione dei pubblici poteri.

La comparazione con l'ordinamento tedesco si fa particolarmente interessante in riferimento ai casi in cui è stata invocata la non punibilità per azioni illecite di autorità pubbliche al fine di salvaguardare i diritti fondamentali.

Nel 1975 in Germania un gruppo di terroristi di estrema sinistra sequestrò il politico berlinese Lorenz ³¹³, chiedendo, quale prezzo per

³¹¹ MEZZETTI, *Necessitas*, cit., p. 35, in nota.

³¹² Mezzetti trova la soluzione dei casi nel prospettare una distinzione tra pericoli 'sicuramente ad esito infausto' e pericoli solo 'probabilmente ad esito infausto': nel primo caso si devono obbligatoriamente salvare alcuni soggetti a discapito degli altri, e il comportamento è non punibile sulla base della coazione di una forza maggiore (art. 45 c.p.). Nel secondo caso, invece, per l'azione di salvataggio esclude la giustificazione in senso tecnico, ma non riduce la valutazione a una mera scusa, preferendo la via di una 'scriminante' collocata tra cause di elisione dell'antigiuridicità e cause di esclusione della colpevolezza.

³¹³ La narrazione della vicenda è tratta da VIGANÒ, *Stato*, cit., p. 17.

la liberazione, il rilascio e l'espatrio di cinque terroristi già condannati alla reclusione.

Lo speciale comitato di crisi appositamente costituito acconsentì alle richieste e dispose, per il mese di marzo, il rilascio e l'espatrio dei cinque carcerati e il politico venne allora rilasciato. Il Ministero della giustizia diffuse un comunicato in cui spiegava che il comitato aveva agito nella piena consapevolezza della rilevanza penale della condotta integrante i delitti di procurata evasione e favoreggiamento, ma che tale condotta doveva ritenersi giustificata sulla base dello stato di necessità ex § 34 StGB. La liberazione dei prigionieri rappresentava l'unico mezzo per la liberazione dell'ostaggio e nel bilanciamento il valore dell'esecuzione delle pene criminali risultava minore rispetto alla vita di un uomo, anche perché l'uccisione dell'ostaggio sarebbe stata irrimediabile, mentre il danno derivante dalla scarcerazione dei prigionieri era comunque riparabile. Il comunicato precisava, però, che il governo era solo facoltizzato e non obbligato ad acconsentire alle richieste dei terroristi, per evitare che l'accaduto fosse visto come un precedente vincolante.

Nel 1977 venne invece rapito il presidente della Confindustria tedesca, Schleyer, ma in questo caso il governo federale alla richiesta di rilascio condizionata alla liberazione di undici appartenenti al gruppo 'Baader Meinhof' oppose un netto rifiuto. I familiari di Schleyer investirono della questione la Corte Costituzionale, adducendo la violazione del diritto alla vita dell'ostaggio, per chiedere di adottare un'ordinanza provvisoria ed urgente che annullasse il rifiuto governativo. Infatti secondo i legali della famiglia il governo era "tenuto ad accogliere le pretese dei rapitori circa la

liberazione e la garanzia di libero espatrio dalla Germania federale dei detenuti indicati dai rapitori, come presupposto indispensabile per evitare il minacciato pericolo per la vita del ricorrente”. Una tale decisione doveva considerarsi sostenuta dal principio di eguaglianza, dal momento che uno scambio di prigionieri si era già verificato in occasione del sequestro Lorenz. La Corte rispose³¹⁴ che lo Stato deve “ergersi a tutore e promotore della vita” e quindi “difenderla anche dagli attentati illegittimi da parte di terzi”. “A questo imperativo devono allinearsi tutti gli organi dello Stato, a seconda dei propri specifici compiti”, ma tuttavia spetta agli organi stessi decidere come adempiere al loro compito. “La loro libertà nella scelta dei mezzi per la tutela della vita si può restringere, in casi particolari, anche alla scelta di un determinato mezzo, se in altra maniera non si può raggiungere una effettiva tutela della vita”; ma ciò non avviene nel caso di ‘ricatti’ terroristici: in queste ipotesi “le misure prescritte si devono adattare alla molteplicità delle situazioni singolari. Esse non possono né in generale essere preventivamente contemplate da una norma, né essere dedotte come norma da un diritto fondamentale della persona”. Un’efficace osservanza del dovere di tutela della generalità dei consociati, presuppone che “gli organo dello Stato siano in grado di reagire adeguatamente alle circostanze del caso singolo di volta in volta ricorrenti; già questa considerazione esclude che possa essere fissato uno specifico mezzo di tutela”. Oppure “la reazione dello Stato diverrebbe prevedibile a priori per i terroristi, col risultato di rendere per lo Stato impossibile l’effettiva tutela dei cittadini”.

³¹⁴ La sentenza interamente tradotta è stata pubblicata in *Foro it.*, IV, 1978, p. 222, con nota di ARATO.

La Corte quindi escluse la violazione del principio di eguaglianza statuendo che “un’identica decisione non può essere imposta in tutti i casi di sequestro”.

Lo stato di necessità doveva, quindi, considerarsi come una norma attributiva di un potere eccezionale di risposta ‘flessibile’ a situazioni di emergenza, senza che la rottura della legalità dovesse considerarsi l’oggetto di uno specifico dovere a carico degli organi statali.

In conseguenza della posizione assunta dal governo, Schleyer venne barbaramente giustiziato dai terroristi.

Nel 2002 quando Magnus Gäfgen, studente di giurisprudenza di Francoforte, rapì e trucidò l’undicenne figlio dei vicini di casa, Jakob von Metzler, occultandone il cadavere in un lago. Catturato dalla polizia, quando ancora non si sapeva che fine avesse fatto il bimbo, Gäfgen fu minacciato di sofferenze “che non avrebbe mai dimenticato” dal numero due della polizia locale Wolfgang Daschner e da un commissario esperto di interrogatori.

Le maniere forti vennero, per il vero, solamente minacciate, ma il vice capo della polizia, per questo suo inaccettabile abuso (che lui la definì una mera “pressione”), fu condannato ad un anno di libertà vigilata e 10.800 euro di multa. Tali pene sono in realtà molto basse rispetto ai reati contestati, in quanto il Tribunale ritenne la sussistenza di “massicce circostanze attenuanti”.

La confessione estorta a Gäfgen durante l’interrogatorio non servì a salvare Jakob, né poté poi essere assunta in sede processuale, in quanto ottenuta illegittimamente. Il caso divise la Germania, e, oggi, l’assassino, al quale fu poi irrogata la pena dell’ergastolo, ha

fatto ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo perché anche la Repubblica federale risponda dell'accaduto.³¹⁵

Questa impostazione è stata criticata in quanto si è ritenuto che l'applicazione del principio dell'interesse prevalente all'azione dei pubblici poteri possa portare alla dissoluzione del sistema di norme che descrivono e limitano i poteri delle P.A., lasciando alla loro discrezionalità la determinazione dell'interesse prevalente.

E' stato affermato, poi, che le norme attributive di poteri già compiono un bilanciamento tra interessi pubblici e interessi privati in speciali situazioni di conflitto, e non possono essere scavalcate da una norma generale come quella del § 34 che non disciplina alcun particolare conflitto di interessi. Il § 34 potrà quindi, secondo questa corrente, venire invocato per quei casi in cui il legislatore non abbia esaurientemente previsto e regolato determinati conflitti di interesse. Ad esempio non è invocabile lo stato di necessità per la violazione

³¹⁵ Ancor prima della riforma del codice penale, nel 1970, alcuni poliziotti di Monaco di Baviera irrupero in una casa privata dove, e lo sapevano con certezza, si svolgeva un commercio illecito di hashish e LSD, pur essendo privi di un mandato giudiziale. Qui sequestrarono ingenti quantitativi di sostanze stupefacenti. Il conduttore dell'abitazione li denunciò per violazione di domicilio, ma furono assolti dall'accusa perché venne ravvisato in loro favore lo stato di necessità giustificante sovraleale. Nel 1975 i rappresentanti di un istituto pubblico di previdenza sociale avevano fatto eseguire un prelievo di sangue illegittimo dalla vittima di un incidente stradale, per dimostrare che era ubriaco al momento dello schianto e cautelarsi contro eventuali pretese pensionistiche dei suoi familiari. Per la raccolta di tale anomalo mezzo di prova furono accusati di uso illegittimo di cadavere, ma assolti dall'accusa per la giustificazione offerta dal § 34: l'interesse collettivo ad evitare oneri finanziari non dovuti era considerato prevalente sul confliggente interesse di rispetto dei defunti. Ancora a proposito dell'emergenza terroristica, tra il 1975 e il 1976 la polizia di alcune regioni fu incaricata di registrare segretamente le conversazioni tra imputati detenuti e difensori, per evitare scambi di informazioni con i compagni latitanti; nel 1977 dei microfoni spia vennero installati in abitazioni private senza autorizzazione giudiziaria. Autorevoli esponenti del governo all'opinione pubblica spiegarono tali condotte come giustificate dalla necessità di lotta al terrorismo. Simili restrizioni delle libertà degli imputati si verificarono anche in occasione del sequestro Schleyer e il Bundesgerichtshof confermò la legittimità ex § 34 StGB degli atti volti ad impedire la comunicazione tra i terroristi detenuti e i loro difensori. Dei casi riferisce VIGANÒ, *Stato*, cit. p. 435, e non risulta che abbiano dato luogo a procedimenti penali.

delle norme che regolano l'ingresso dei pubblici ufficiali nelle dimore private, a meno che non ci sia un pericolo atipico non tenuto in considerazione dal legislatore quando pose intenzionalmente dei limiti all'attività investigativa della polizia a tutela della riservatezza del privato. O ancora nel disciplinare i colloqui tra imputato e difensore il legislatore avrebbe messo in conto la possibilità che vengano pianificati reati connessi al processo, ma non che filtrino notizie connesse alla commissione di altri delitti: perciò lo stato di necessità si può richiamare per legittimare la registrazione segreta di colloqui 'sospetti', come avvenne in occasione del sequestro Schleyer.

Altri, infine, prospettano una soluzione differenziata: la norma è applicabile solo quando siano interessati beni statali o della collettività, ed è invece preclusa quando l'ingerenza avviene in beni individuali.

In definitiva, sotto tale profilo, la norma è venuta ad assumere il ruolo di una norma di diritto pubblico³¹⁶.

1.5. Le altre ipotesi generali nell'ordinamento tedesco: §§ 228 e 904 BGB

E' opportuno precisare che i precedenti paragrafi non esauriscono la disciplina generale delle situazioni necessitate; per alcuni casi bisogna far riferimento ai §§ 228 e 904 BGB, antecedenti a quelle dell'attuale StGB e sopravvissute all'ingresso della trattazione differenziata in sede penale.

Il § 228 BGB prevede che si possa danneggiare o distruggere

³¹⁶ VIGANÒ, *Stato*, cit., p. 440.

una cosa altrui (e analogamente una cosa senza proprietario), per allontanare un pericolo imminente³¹⁷, derivante dalla cosa stessa, quando il danneggiamento o la distruzione siano indispensabili per allontanare il pericolo e il danno non sia sproporzionato³¹⁸ al pericolo che si deve evitare, e ciò senza che vi sia l'obbligo di risarcire il danno³¹⁹.

In questi casi si parla di 'stato di necessità difensivo civile' in l'aggressione non è qualificabile come giuridicamente "ingiusta", anche perché l'aggressore non ha soggettività giuridica autonoma, essendo una cosa o niente più che un fenomeno naturale, che non compie alcuna ingiusta intromissione nella sfera giuridica dell'interessato. L'azione è quindi diretta contro la 'cosa minacciante', ma lede il diritto vantato sulla cosa stessa da un terzo, che resta estraneo al pericolo. Si costituisce un rapporto trilaterale e non un rapporto bilaterale come nella legittima difesa, dove il minacciato affronta direttamente, ledendolo nei suoi diritti, il minacciante-fonte del pericolo.

Altro classico esempio proposto è quello dell'incendio boschivo: la norma permette di combatterlo col disboscamento o appiccando un incendio contrario, condotte che altrimenti rappresenterebbero vietate.

Il paragrafo viene inoltre invocato, in un ragionamento

³¹⁷ La condotta difensiva deve risultare necessaria: se, ad esempio, è possibile allontanare il cane rabbioso con strepiti ed urla, bisognerà tentare per questa via prima di sparargli; se si dice che non deve sussistere grossa sproporzione tra danno cagionato e pericolo evitato, ugualmente la condotta può comunque provocare considerevoli danni (giustificati). La dottrina ammette anche nel caso di 'difesa da cose' il soccorso difensivo.

³¹⁸ Non si richiede che il bene salvaguardato sia prevalente rispetto a quello sacrificato.

³¹⁹ Il § 228 trova soprattutto applicazione contro le aggressioni di animali: l'esempio classico proposto è quello dell'uccisione del cane rabbioso.

analogico che sfocia nella creazione di uno stato di necessità difensivo ultralegale, per giustificare quelle azioni di difesa contro un pericolo che proviene dall'uomo³²⁰, in tutte quelle ipotesi in cui non sia invocabile la legittima difesa. Può infatti accadere che una condotta, oltre a non presentarsi come dolosa, non presenti neppure il disvalore di azione di un delitto colposo. Ad esempio l'automobilista che viene tamponato e proiettato sulla corsia opposta, diventa un pericolo per le automobili che sopravvengono, anche se non ha neppure agito. Innumerevoli esempi di non-azioni sono offerti dalla circolazione stradale³²¹, basti pensare ad un automobilista che finisce, senza poterlo evitare, sul marciapiede a causa di una lastra di ghiaccio ma non solo il pericolo può derivare anche ad esempio da una crisi convulsiva oppure dal crollo del manufatto del vicino.

In tutti questi casi il necessitato si rivolge contro la fonte del pericolo, ma non agisce in legittima difesa perché l'aggressione subita non è giuridicamente ingiusta.

Non si può pretendere che chi è minacciato si esponga inerte al pericolo, ma neppure si può riconoscere in capo agli altri automobilisti un diritto di legittima difesa, pertanto si accorda loro un diritto di difesa secondo le regole dello stato di necessità difensivo. C'è poi qualcuno che lo vorrebbe esteso alle aggressioni di soggetti che agiscono senza colpevolezza o con colpevolezza notevolmente

³²⁰ ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, a cura di Sergio Moccia, Napoli, 1996, pag. 298.

³²¹ Caso analogo è quello in cui l'azione pericolosa è comunque conforme a regole di diligenza: ad esempio un veicolo per un difetto non riconoscibile va in panne diventando una minaccia per gli altri automobilisti.

diminuita³²².

Altro paragrafo del codice civile preso in considerazione dai manuali di diritto penale è il § 904 BGB. Si tratta dello “Zivilrechtliche Angriffnotstand” (stato di necessità aggressivo civile). Anche tale norma consente un intervento contro beni patrimoniali altrui per la necessità di allontanare un pericolo attuale, ma in questo caso la fonte del pericolo non è riconducibile alla sfera giuridica del titolare dell’interesse sacrificato³²³ e per tale ragione si fa salvo l’obbligo di risarcire il danno cagionato. L’aggressione del bene altrui dev’essere necessaria per la salvaguardia del bene minacciato e tra il danno cagionato e quello evitato non deve esserci sproporzione (meglio, il danno che l’agente mira ad evitare deve essere notevolmente maggiore di quello arrecato). Il classico esempio è quello dell’escursionista che, sorpreso in montagna da una tempesta, forza la porta di una baita e lì si rifugia per trovare riparo dalla tormenta.

Si sostiene, infine, che il richiamo alla norma sia precluso per necessità di tutela della collettività, quindi per casi che vanno oltre la tutela di beni patrimoniali individuali.

Da ultimo, si segnala che anche il codice penale tedesco conosce norme specifiche scriminanti specifici reati nella parte speciale. Il § 218a II StGB, ad esempio, prevede una particolare ipotesi di non punibilità dell’interruzione della gravidanza³²⁴, quando l’interruzione sia necessaria per evitare un pericolo per la vita o la

³²² ROXIN, *Antigiuridicità*, cit., pag. 300 cita tra questi JAKOBS, *Strafrecht AT, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Auflage, 1993.

³²³ Per questo si parla di stato di necessità aggressivo, contrapposto allo stato di necessità difensivo che si ha quando l’azione necessitata si rivolge contro la fonte stessa del pericolo. Sul punto cfr. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 1993, p. 335

³²⁴ Si ha quindi a che fare con un’ipotesi speciale di necessità chiaramente giustificante.

salute della gestante. L'interruzione della gravidanza effettuata da parte di un medico con il consenso della gestante non è, infatti, illecita quando, tenendo in considerazione le attuali e future condizioni di vita della gestante, sulla base di un accertamento medico, l'interruzione è necessaria per evitare un pericolo per la vita della gestante od il pericolo di un grave pregiudizio per il suo stato di salute fisica o psichica, e il pericolo non può essere evitato in altro modo esigibile nei suoi confronti.

2. Cenni allo stato di necessità negli altri ordinamenti e nel diritto internazionale

Nell'ordinamento elvetico³²⁵ è presente una sola norma in tema di stato di necessità, l'art. 34 c.p., ma di questa unica norma la dottrina dà un'interpretazione differenziata: si ritiene infatti che essa possa essere una causa di elisione dell'antigiuridicità quando l'interesse protetto risulti inequivocabilmente prevalente su quello lesa e, viceversa, che si atteggi a causa scusante nel caso di equivalenza dei beni in conflitto e di un importante turbamento emotivo dell'agente.

Questa differenziazione interpretativa è possibile perché la formula dell'inesigibilità, perno della norma, si presta ad avere fondamento diverso, riconducibile talvolta ad un bilanciamento di interessi, talaltra alla non rimproverabilità dell'azione, a seconda dell'atteggiarsi del rapporto di valore tra i beni in conflitto.

Anche nell'ordinamento norvegese³²⁶ si rinviene una unica disposizione normativa. L'art. 47 del codice penale, infatti, prevede

³²⁵ VIGANÒ, *Stato*, cit., p. 94.

³²⁶ *Codice penale norvegese*, a cura di VINCIGUERRA, Padova, 1998.

che “nessuno può essere punito per un’azione commessa per salvare una persona o un bene da un pericolo altrimenti inevitabile se le circostanze del fatto lo autorizzavano a ritenerlo particolarmente importante rispetto al danno che sarebbe potuto derivare dall’azione commessa”. La norma sembra avere una impostazione di tipo oggettivo, basti pensare all’estensione a qualsiasi tipo di bene e al bilanciamento, tuttavia la sua particolare collocazione sistematica non ne chiarisce del tutto la distinzione rispetto ai requisiti necessari per l’imputabilità.

Nell’ordinamento spagnolo³²⁷ l’esimente comparve per la prima volta nel codice del 1848, dopo che il primo codice nazionale del 1822 non ne aveva in alcun modo previsto la portata, limitandosi a prevedere l’ipotesi del furto per fame come mera circostanza attenuante. La disposizione che sancì la non punibilità di chi avesse recato un danno alla proprietà altrui per evitare un danno maggiore di quello cagionato, però, non si fondava sull’elaborazione del principio generale dell’interesse prevalente, ma trovava il suo antecedente nella legge medievale che consentiva al proprietario di una casa in fiamme di abbattere la casa del vicino per evitare il propagarsi dell’incendio.

La prima formulazione scriminante in termini generali dello stato di necessità risale al codice penale del 1928, la quale si fondava sul principio dell’interesse prevalente, consentendo la lesione di qualsiasi diritto altrui se indispensabile per evitare un danno a salute, vita, libertà o qualsiasi altro interesse proprio o altrui, sempreché il danno evitato fosse maggiore di quello cagionato con la condotta

³²⁷ *Codice penale spagnolo*, a cura di VINCIGUERRA, Padova, 1998

necessitata.

La riforma del 1944 ampliò l'ambito di applicazione dell'esimente, ponendo come unica condizione alla liceità della condotta che il danno arrecato non fosse maggiore di quello evitato.

Questa formulazione permise alla dottrina più recente di scorgere una scusante basata sull'inesigibilità nei casi in cui gli interessi in conflitto fossero equivalenti.

Il nuovo codice penale del 1995 prevede due ipotesi e ne differenzia i requisiti ³²⁸. All'art. 20.5° dichiara esente da responsabilità penale *“chi, in stato di necessità, per evitare un'offesa propria o altrui, lede un bene giuridico di altri o viola un dovere, sempre che ricorrano i seguenti requisiti: primo, l'offesa provocata non dev'essere maggiore di quella che si vuole evitare. Secondo, la situazione necessitata non dev'essere intenzionalmente provocata dal soggetto. Terzo, colui il quale si trova nello stato di necessità non ha, in ragione del suo ufficio o dei suoi incarichi, l'obbligo di sacrificarsi.”* All'art. 20.6° è invece prevista la norma sul timore insuperabile: *“è esente da responsabilità penale chi agisce spinto da una paura insuperabile”*.

L'assenza della clausola di proporzione, invece presente al n. 5, permette di invocare il n. 6 per le ipotesi in cui il soggetto abbia agito in presenza del pericolo di un grave danno cagionando, però, un male superiore a quello evitato.

Resta tuttavia problematico, in riferimento al n. 5, rinvenire il fondamento dell'esenzione per i casi di equivalenza dei beni, mentre è pacifico che nei casi di prevalenza dell'interesse salvaguardato si

³²⁸ VIGANÒ, *Stato*, cit., p. 96.

abbia un fondamento oggettivo della norma.

Nonostante queste difficoltà, si può affermare che la valutazione differenziata dello stato di necessità sia un punto fermo anche nell'ambito dell'ordinamento spagnolo e che questa derivi da una forte influenza della dottrina tedesca³²⁹.

Impermeabile, invece, all'influenza della penalistica tedesca è l'ordinamento francese.

All'art. 122-7 il codice penale francese statuisce che *“Non è penalmente responsabile colui che, di fronte ad un pericolo attuale o imminente che incombe su se stesso, su di un terzo o su di un bene, compie un atto necessario alla salvaguardia della persona o del bene, salvo che vi sia sproporzione tra i mezzi impiegati e la gravità del pericolo”*.

Il fondamento, per l'illimitata estensione del soccorso di necessità e per la possibilità di tutela di beni patrimoniali, può dirsi oggettivo.

All'art. 122-2 è invece previsto lo stato di necessità determinato dall'altrui minaccia, ancora confusamente associato al costringimento fisico non è infatti punibile, in virtù del quale chi *“ha agito sotto l'impero di una forza o di una coazione alla quale non ha potuto resistere”*.

Nonostante la caratterizzazione in senso soggettivo, non si può dire che si tratti di un'ipotesi generale di stato di necessità scusante, applicabile alle situazioni in cui il pericolo deriva da una fonte diversa dalla minaccia umana e, di conseguenza, non si può affermare che la Francia conosca una generale trattazione differenziata dello stato di

³²⁹ DEMURO, *Giustificazione e scusa: evoluzione dottrinale ed analisi comparata*, in *Giur. merito* 1995.

necessità.

Decisamente più complesso è il quadro negli ordinamenti di common law.

Già nelle fonti più antiche viene individuata una defence di duress, coincidente con la coazione morale determinata dall'altrui minaccia di morte o di grave danno all'integrità fisica.

La minaccia deve essere reale o ragionevolmente ritenuta tale dall'agente e rivolta contro lo stesso o una persona a lui affettivamente legata, e di tale intensità da indurre a reagire una persona di ragionevole forza d'animo come fece l'imputato. Deve inoltre sussistere un nesso causale tra la minaccia e la commissione del fatto. Pur non essendo richiesta la prevalenza del danno evitato su quello cagionato, è tradizionalmente esclusa l'invocabilità della scriminante in riferimento ai reati di tradimento e di assassinio.

Questi requisiti sono frutto dell'elaborazione giurisprudenziale derivanti dal principio guida della comprensione per l'umana fragilità.

L'opera creatrice della giurisprudenza tutt'oggi non cessa di produrre nuove figure in tema di stato di necessità: recentemente ha elaborato un defence³³⁰ di duress of circumstances, che presuppone un pericolo per la vita o l'integrità fisica dell'agente scaturente non da minaccia umana, ma da qualsiasi altra causa, salva sempre la presenza dei requisiti dell'esistenza di un nesso di causalità e del fatto che l'uomo di ragionevole forza d'animo non avrebbe agito

³³⁰ Nei paesi di common law la defence di duress non viene ascritta alla logica della giustificazione, ma a quella della scusa, restando la condotta antigiuridica, ma venendo scusato il soggetto perché si ritiene che non potesse esigersi da lui, in quella particolare situazione, una condotta diversa. Fermo restando che, laddove ci si trovi di fronte a situazioni nelle quali si deve scegliere tra la propria vita e quella di un innocente, gli ordinamenti di common law impongono l'eroismo del self sacrifice.

diversamente. In questo contesto, quindi, la duress comprensiva di entrambe le figure, si atteggia come causa scusante, indipendente dai rapporti di valore tra i beni in gioco e fondata sull'anormale motivazione dell'agente.

Per quanto riguarda gli Stati Uniti, una scusante di duress è pressoché dovunque espressamente contemplata nelle varie legislazioni, con requisiti pressoché identici a quelli previsti nel diritto inglese.

Molti degli ordinamenti statunitensi inseriscono poi nei codici penali una defence di necessity, orientata oggettivamente sul requisito che il danno evitato sia maggiore di quello cagionato, che cioè dalla condotta risulti un saldo sociale attivo. Sono poi riconducibili al paradigma

del male minore quelle norme che consentono al personale medico di commettere fattispecie di reato per evitare un maggior danno al paziente.

2.1. Segue. Nel diritto internazionale

In chiusura, meritano un breve cenno i principi generali in materia di stato di necessità che si rinvergono nel diritto penale internazionale.

L'art. 31/1d dello Statuto di Roma prevede che una persona non sia penalmente responsabile se al momento del suo comportamento *“il comportamento qualificato come sottoposto alla giurisdizione della Corte è stato adottato sotto una coercizione risultante da una minaccia di morte imminente o da un grave pericolo continuo o imminente per l'integrità di tale persona o di un'altra*

persona e la persona ha agito spinto dal bisogno ed in modo ragionevole per allontanare tale minaccia, a patto che non abbia inteso causare un danno maggiore di quello che cercava di evitare. Tale minaccia può essere stata: i) sia esercitata da altre persone, o ii) costituita da altre circostanze indipendenti dalla volontà”.

Si tratta di una articolata ipotesi di necessità causata dalla coercizione risultante da una minaccia per la vita che rievoca la necessity by circumstances (nel caso in cui scaturisca da eventi naturali) e la duress (per le ipotesi di minaccia portata da altro soggetto).

A ciò si devono aggiungere i requisiti della ragionevolezza dell'azione e della inevitabilità altrimenti del pericolo.

Quanto al requisito della proporzione, esso viene criticato, in quanto, anziché risultare da un giudizio prognostico oggettivo, viene rimesso alla valutazione soggettiva dell'autore necessitato, con ciò prestandosi a scelte arbitrarie e ad una ampia discrezionalità del giudice in tema di prova dello stesso³³¹.

Tuttavia si rileva che le suddette scriminanti sono di possibilità applicative pressoché nulle con riguardo ai crimini di genocidio e contro l'umanità sui quali è chiamata a giudicare la Corte, o, comunque, al più marginali rispetto ai fatti costituenti altrimenti crimini di guerra, se posti in essere come reazione difensiva necessitata dall'altrui ingiusta aggressione³³².

Nella terminologia internazionalistica duress, qualifica la situazione di colui che si trovi ad agire sotto la minaccia, proveniente

³³¹ MEZZETTI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello statuto della corte internazionale penale*, in *Riv. it. dir. proc.*, 2000, p. 252.

³³² MANTOVANI, *Sui principi generali del diritto internazionale penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1-2, p. 40.

da una terza persona, di un grave ed irreparabile danno per la vita o per l'integrità fisica, e, in capo al soggetto che ha agito sotto l'effetto di una simile minaccia, non possa essere riconosciuta alcuna responsabilità penale.

La necessity, invece, anche se spesso utilizzata come sinonimo di duress, rappresenta una categoria più ampia, e si riferisce tanto ai pericoli per la vita o l'integrità fisica determinati dalla minaccia che promana da una terza persona (duress), quanto ai pericoli che scaturiscono da circostanze naturali incontrollabili per l'uomo- medio (necessity by circumstances).

Per quanto concerne le condizioni necessarie all'applicabilità della defence di duress, possono essere individuate quattro stringenti condizioni di applicabilità, delle quali è richiesta la contemporanea presenza per l'operatività come defence³³³.

In particolare l'azione incriminata deve essere posta in essere sotto l'effetto di una minaccia imminente di un grave ed irreparabile danno alla vita o all'integrità fisica; non devono esistere mezzi alternativi per evitare tale danno e il crimine commesso non deve risultare sproporzionato rispetto al danno minacciato³³⁴

³³³ E' il requisito della proporzionalità a presentare da sempre i maggiori aspetti problematici: se la proporzionalità è intesa in senso ampio allora tale condizione è soddisfatta quando il bene salvato e quello sacrificato si equivalgono o quando quello salvato ha un valore superiore. Se, invece, la proporzionalità è intesa in senso stretto allora si richiede un saldo positivo tra i beni giuridici in gioco. Invero, anche nei sistemi di common law è richiesto il requisito la proporzionalità, che viene desunta dal c.d. test oggettivo: in sostanza, si richiede che la minaccia abbia un'intensità tale da indurre ad agire, nel modo in cui ha agito l'autore del fatto, una persona di ragionevole forza d'animo. Per l'operatività della defence di duress, è necessario che tale test abbia un esito positivo. Si segnala che, però, in caso di condotte omicidiarie il risultato è invece sempre considerato negativo

³³⁴ Il crimine commesso sotto duress deve consistere nel minore dei due mali e la situazione che conduce alla duress non deve essere stata volontariamente prodotta dalla persona coartata.

BIBLIOGRAFIA

- AIELLO, Stato di necessità, in Enc. giur., vol. XXX, 1993.
- ANTOLISEI, Manuale di diritto penale. Parte generale, (a cura di Conti) Milano, 2003.
- AA.VV., Digesto delle discipline penalistiche, IV Ed., Milano, 1995
- AZZALI, Stato di necessità (dir.pen.), in Noviss. dig. it., XVIII, 1971.
- BARATTA, Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza (Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale), Milano, 1962.
- BARTOLI, Unioni di fatto e diritto penale, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2010.
- BARTOLI, Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione, Torino, 2005.
- BATTAGLINI, Diritto penale. Parte generale, 3° ed., Padova, 1949.
- BELLAGAMBA, La problematica esistenza di elementi soggettivi nelle scriminanti, in Diritto penale e processo, n. 4/2001.
- BELLAGAMBA, Il limite della proporzione nello stato di necessità, in Diritto penale e processo, 2002.
- BONETTI, Terrorismo emergenza e costituzioni democratiche, Bologna, 2006.
- BOSCARELLI, Compendio di diritto penale. Parte generale, Milano, 1994.
- BOSCARELLI, Osservazioni, specie in tema di esimenti, su un recente "schema di delega legislativa" per un nuovo codice penale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1993.
- CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, Trattato di diritto penale, Parte Generale, II, 2013, p. 211 ss.
- CADOPPI-VENEZIANI, Manuale di diritto penale, Padova, 2005.
- CARNELUTTI, Lezioni di diritto penale. Il reato, I, Milano, 1943.
- CARNELUTTI, Teoria generale del reato, Padova, 1933.
- CAVALIERE, L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale: contributo ad una sistematica teleologica, Napoli, 2000.
- Codice penale pel Granducato di Toscana (1853), a cura di VINCIGUERRA, Padova, 1995.
- Codice penale per gli Stati di S.M. Re di Sardegna (1839), a cura di VINCIGUERRA, Padova 1995.
- Codice penale per lo Regno delle due Sicilie (1819), a cura di VINCIGUERRA, Padova 1998.
- Codice penale portoghese, a cura di VINCIGUERRA, Padova, 1997.

Codice penale spagnolo, a cura di VINCIGUERRA, Padova, 1998.

Codice penale tedesco, a cura di VINCIGUERRA, Padova, 1994.

CRESPI-STELLA- ZUCCALÀ, Commentario breve al codice penale, Padova, 2001.

DE FRANCESCO, La proporzione nello stato di necessità, Napoli, 1978.

DE SANTIS, Il divieto di tortura e trattamento disumano e degradante nell'ordinamento europeo: il caso della Gran Bretagna, in *Diritto&Diritti*, novembre 2004, in www.diritto.it

DELITALA, Il 'fatto' nella teoria generale del reato, Padova, 1930.

DEMURO, Giustificazione e scusa: evoluzione dottrinale ed analisi comparata, in *Giur. mer.* 1995.

DOLCE, Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale, Milano, 1957.

DOLCINI- MARINUCCI, Codice penale commentato, Parte generale, Milano, 2006.

DONINI, Il volto attuale dell'illecito penale, Giuffrè, 2004.

DONINI, Il diritto penale di fronte al nemico, in *Cass. pen.*, 2006.

EUSEBI, Laicità dignità umana nel diritto penale, in *Scritti per F. Stella*, I, Napoli, 2007, p. 163

FERRI, Principi di diritto criminale, Torino, 1928, p. 467.

FIANDACA, Sullo sciopero della fame nelle carceri, in *Foro it.*, 1984, II, pag. 230.

FIANDACA-MUSCO, Diritto penale, parte generale, Bologna, 2009.

FIANDACA-TESAURO, Le disposizioni sostanziali: linee, in *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003, p. 126.

FIORAVANTI, Divieto di tortura e ordinamento italiano: sempre in contrasto con obblighi internazionali?, in *Quad. cost.*, 2004, p. 555.

IORE, Diritto penale. Parte generale, Torino, 1993.

IORE, Diritto penale. Parte generale, vol. II, Torino 1995.

FLORIAN, Parte generale del diritto penale, vol. I, 1934.

FLORIAN, Trattato di diritto penale. Dei reati e delle pene in generale, vol. I, Milano, 1901.

FORNASARI, Principio di inesigibilità nel diritto penale, Padova, 1990.

FORNASARI, Principi del diritto penale tedesco, Padova, 1993.

FROSINI, Il diritto costituzionale alla sicurezza, in www.forumcostituzionale.it

GIULIANI, *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, Milano, 1970.

GIUPPONI, *Il conflitto tra Governo e Procura di Milano nel caso Abu Omar*, in *Quad. cost.*, 2007.

GIUPPONI, *Stato di diritto e attività di intelligence: gli interrogativi del caso Abu Omar*, in *Quad. cost.*, 2006.

GIUPPONI, *Sicurezza personale, sicurezza collettiva e misure di prevenzione. La tutela dei diritti fondamentali e l'attività di intelligence*, in www.forumcostituzionale.it.

GRASSI, *Delitto politico e diritto penale del nemico*, *IP*, 2006, 3, 1293.

GROSSO, *Necessità (stato di)*, *Encl. dir.*, vol. XXVII, 1977, p. 894.

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

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

HASSEMER, *Sicurezza mediante il diritto penale (traduzione di Cavaliere)*, in *crit. Dir.*, 2008, 15.

HEGEL, *Lineamenti di filosofia di diritto*, a cura di Vincenzo Cicero, con testo tedesco a fronte, Milano, 1996.

HIRSH, *La posizione di giustificazione e scusa nel sistema del reato*, Traduzione di Fornasari, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991.

IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, Padova, 1998, p. 92.

INSOLERA, *Sicurezza e ordine pubblico*, in *Ind. pen.*, 2010, 1, p. 27

LANCHESTER, *La Corte suprema e l'emergenza*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

LOSAPPIO, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in *Ind. pen.*, I, 2007.

MAGGIORE, *Diritto Penale. Parte Generale*, Bologna, 1951.

MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984.

MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009.

MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, 1974.

MANTOVANI, *Le condotte con finalità di terrorismo*, in *Contrasto al terrorismo interno ed internazionale*, a cura di KOSTORIS-ORLANDI, Torino, 2007.

MANTOVANI, *Sui principi generali del diritto internazionale penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1-2.

MANZINI, Trattato di diritto penale italiano, Torino, 1920.

MARAZZITA, L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli, Milano, 2003.

MARCHESI, L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura, in Crit. Pen., 1998, p. 470.

MARINI, Lineamenti del sistema penale, Torino, 1993.

MAZZONE, Lineamenti della non punibilità ai sensi dell'art. 384 c.p., Napoli, 1992.

MEZZETTI, "Necessitas non habet legem"? Sui confini tra 'impossibile' ed 'inesigibile' nella struttura dello stato di necessità, Torino, 2000.

MEZZETTI, Le cause di esclusione della responsabilità penale nello statuto della corte internazionale penale, in Riv. it. dir. proc., 2000.

MOLARI, Profili dello stato di necessità, Padova, 1964.

MUSOTTO, Corso di diritto penale. Parte generale, Palermo, 1960.

NUVOLONE, I limiti taciti della norma penale, Padova, 1972.

NUVOLONE, Il sistema del diritto penale, Padova, 1982.

PADOVANI, Quel progetto di legge sulla tortura dalle prospettive deludenti, in Guida Dir., 2007, n. 4.

PAGLIARO, "Diritto penale del nemico": una costruzione illogica e pericolosa, in Cass. Pen., 2010, 6.

PALAZZO, Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali, in Questione Giustizia, 2006.

PALERMO FABRIS, Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale; profili problematici del diritto di autodeterminazione, Padova, 1997.

PALMA, Terrorismo internazionale: risposta dello Stato italiano, su www.studiperlapace.it.

PANNAIN, Manuale di diritto penale. Parte generale, Torino, 1967.

PECCIOLI, Il terrorismo quale settore chiave per l'armonizzazione del diritto penale, in DPP., 2007, 6.

PELISSERO, Terrorismo internazionale e diritto penale, in Studium juris, 2005.

PIATTOLI, Se la lotta a Al Qaeda comprime i diritti, Dir. Giust., 2006, 33.

PIEMONTESE, Ragioni della forza e ragioni del diritto nelle norme in materia di terrorismo internazionale, DPP, 2006.

PILI, Il segreto di stato nel caso Abu Omar ed equilibrismi di sistema, in www.forumcostituzionale.it.

PISAPIA, Istituzioni di diritto penale. Parte generale e parte speciale,

Padova, 1975.

PULITANÒ, Coazione a fin di bene e cause di giustificazione, in Foro it., 1985, II.

PULITANÒ, Inquisizione non soave, tra pretese “necessità” e motivi apprezzabili, in Foro it., 1984, II.

PULITANÒ, Sullo sciopero della fame di imputati in custodia preventiva, in Quaest. Giud., 1982.

PULITANÒ, Sciopero della fame e questione carceraria, in Democraz. e dir., 1982.

REITANO, Le misure di contrasto al terrorismo internazionale tra Unione Europea e normativa italiana di adattamento, Ind. pen., 2004.

RIONDATO, Profili del diritto penale di guerra statunitense contro il terrorismo (dopo il Nine-Eleven), 2003, in www.riondato.com.

RIZ, Il consenso dell’avente diritto, Padova, 1979.

RIZ, Per un nuovo codice penale: problemi e itinerari, in Ind. pen., 1995.

RIZ, Trattamento medico e cause di giustificazione, Padova, 1975.

ROMANO-GRASSO, Commentario sistematico del codice penale, Milano, 2004.

ROSI, Terrorismo internazionale: le nuove norme interne di prevenzione e repressione. Profili di diritto penale sostanziale, in DPP, 2002.

ROXIN, Culpabilidad y exclusion da la culpabilidad en el Derecho penal, in Nueva doctr. pen., 1996.

ROXIN, Antigiuridicità e cause di giustificazione, a cura di Sergio Moccia, Napoli, 1996.

ROXIN, Politica criminale e sistema del diritto penale, Saggi di teoria del reato a cura di S. Moccia, ESI, 2009.

SCARANO, La non esigibilità nel diritto penale, Napoli, 1948.

SCHIAFFO, L’elemento soggettivo nelle cause di giustificazione: prospettive di riforma, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen, 1994.

SCHIAFFO, Le situazioni quasi scriminanti nella sistematica teleologica del reato: contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione, Napoli, 1998.

SICILIANO, L’abbattimento di aerei civili per contrastare atti terroristici e il diritto, Quest. Giust, 2008, 2.

SOTIS, Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell’Unione Europea, in CP, 2010, 3.

SPAGNOLO, Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti, Padova, 1980.

STELLA, I diritti fondamentali nei periodi di crisi, di guerra e di terrorismo: il modello Barak, in RIDPP, 2005, 3.

STELLA, L'errore sugli elementi specializzanti della fattispecie criminosa, in RIDPP., 1964.

SUCHAN, Stato di necessità e cause di non punibilità ex art. 384, in Cass. Pen., 1977.

SUCHAN, Sui rapporti tra l'art. 54 e l'art. 384 c.p., in Cass. Pen., 1976.

VALLINI, Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?, in Studium iuris, 2007.

VALSECCHI, Misure urgenti per il contrasto al terrorismo internazionale. Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale, DPP, 2005.

VANNINI, Istituzioni di diritto penale, Firenze, 1939.

VENAFRO, Scusanti, Torino, 2002.

VERVAELE, La legislazione anti-terrorismo negli stati uniti: inter arma silent leges? , in RIDPP, 2005.

VIARENGO, Deroghe e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia, in Riv. Dir. Internazionale, 2005, 4.

VIGANÒ, Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti, Milano, 2000.

VIGANÒ, Terrorismo, guerra e sistema penale, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, 2.

VIGANO', Riflessioni in tema di terrorismo, Corr. Mer, 2004, 4.

VOLK, Introduzione al diritto penale tedesco, Padova, 1993.