



# UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E CRITICA DEL DIRITTO  
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO, INTERNAZIONALE E  
COMUNITARIO

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

ANNO ACCADEMICO 2022-2023

TESI IN DIRITTO PENALE

**Lo stato di necessità: una scriminante quasi centenaria tuttora  
attuale, anche in tempi di pandemia**

Relatore:

Ch.mo Prof. Enrico Mario Ambrosetti

Laureando: Francesco Dalli Cani

Matricola n. 1169522

# INDICE

## INTRODUZIONE

Lo Stato di necessità e il Covid-19 .....	3
---	---

## CAPITOLO I: LE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE

Par. 1. Le cause di giustificazione nel Codice Penale vigente: una premessa .....	7
Par. 2. Il problema del concetto di antigiuridicità del reato .....	9
Par. 3. L'antigiuridicità oggettiva e l'antigiuridicità speciale .....	13
Par. 4. Il fondamento delle cause di giustificazione .....	15

## CAPITOLO II: LO STATO DI NECESSITÀ

Par. 1. Evoluzione normativa e fondamento dogmatico dello stato di necessità .....	19
Par. 2. La disciplina normativa dello stato di necessità .....	22
Par. 3.1. I requisiti della situazione pericolosa: l'attualità del pericolo e le sue fonti .....	30
Par. 3.2. I requisiti della situazione pericolosa: il danno grave .....	37
Par. 3.3. I requisiti della situazione pericolosa: la non volontaria causazione del pericolo .....	46
Par. 4.1. I requisiti dell'azione lesiva: la costrizione .....	53
Par. 4.2. I requisiti dell'azione lesiva: l'inevitabilità del pericolo .....	61
Par. 4.3. I requisiti dell'azione lesiva: la proporzionalità .....	68
Par. 5. Il soccorso e i suoi limiti .....	77
Par. 6. Il dovere di esporsi al pericolo e lo stato di necessità determinato dall'altrui minaccia: il costringimento psichico .....	84
Par. 7. Il conflitto di doveri con altre scriminanti e l'operatività dello stato di necessità .....	94

## CAPITOLO III: L'ART. 54 C.P. E LA PANDEMIA DA COVID-19

Par. 1. I medici di fronte alle scelte impensabili imposte dalla pandemia .....	104
Par. 2. La scelta del medico fondata sul <i>triage</i> esiziale: inesigibilità, colpa per assunzione e conflitto di doveri .....	114
Par. 3. Gli scopi e i criteri della scelta del medico .....	127
Par. 4. L'interruzione del trattamento e lo scudo penale .....	136

## CONCLUSIONE

Una scriminante tuttora attuale .....	149
---------------------------------------	-----

## BIBLIOGRAFIA

# INTRODUZIONE

## Lo stato di necessità e il Covid-19

Uno degli eventi che più ha inciso sul nostro Paese, e non solo, è stata la pandemia da Covid-19. Di colpo il nostro sistema sanitario si è trovato a dover fare i conti con una nuova sfida che all'epoca sembrava essere troppo ardua. Di fatto, le nostre stesse Istituzioni sono state messe alla prova ed è in questo scenario che concetti come stato di necessità e *triage* esiziale sono diventati di primaria importanza. In effetti, ciò è abbastanza strano, ma fa riflettere: i due istituti appena nominati esistono da ben prima della pandemia, ma sembra quasi che solo un'emergenza di livello mondiale abbia loro permesso di ricevere la notorietà che meritano. Pertanto, il fulcro dell'elaborato che ci si accinge a presentare ha come obiettivo quello di dimostrare che l'art. 54 cod. pen. (stato di necessità) è una causa di giustificazione che non solo ha un profondo *background* storico, ma è ancora oggi pienamente attuale. Una prima menzione codificata di questo istituto si ritrova nel codice Zanardelli del 1889, ma, come si avrà modo di vedere, questa esimente possiede radici ancora più profonde.

Nel primo capitolo per riuscire a trattare al meglio lo stato di necessità e il suo legame con la recente pandemia, sarà necessario costruire un discorso che sia ampio e completo. Pertanto, la trattazione inizierà con un'analisi generale di tutte le cause di giustificazione. Le scriminanti verranno considerate nel loro insieme ma non ci si soffermerà sull'analisi delle altre esimenti previste dal codice (consenso dell'avente diritto, l'esercizio di un diritto o adempimento di un dovere, difesa legittima, uso legittimo delle armi), a meno che la loro trattazione non sia strumentale al discorso che si sta svolgendo e dunque esse possano svolgere da parametro per andare a comprendere meglio lo stato di necessità.

Nel secondo capitolo si esaminerà la norma presa in esame: l'art. 54 cod. pen. stesso. Cominciando l'analisi da un punto di vista storico, si avrà modo di menzionare la prima caratteristica propria dello stato di necessità, e cioè il fatto che si tratta di un istituto vecchio, anche più della nostra carta Costituzionale o il nostro attuale Codice Penale.

Successivamente, l'analisi si concentrerà sulla trattazione dei singoli requisiti perché si possa legittimamente utilizzare lo stato di necessità: attualità del pericolo, danno grave, non volontaria causazione del pericolo, costrizione, inevitabilità del pericolo e proporzionalità. Questi presupposti sono indispensabili e la mancanza anche di uno solo uno di essi non consentirà di ritenere integrata la scriminante. Nel corso della trattazione si avrà modo di dimostrare come, sebbene la norma appaia semplice a prima vista, nasconda in realtà una notevole quantità di insidie e questioni che rendono la sua interpretazione non sempre facile. Infatti, si avrà modo di spiegare che, sebbene l'art. 54 sia l'espressione letterale di un concetto molto antico (e che anche per questo è riuscito a superare la più che difficile prova del tempo), non sempre riesce ad adattarsi alla perfezione col periodo storico. Ora, l'art. 54 cod. pen., dai tempi del Codice Rocco del 1930, non è mai stato modificato, ma la sua interpretazione ha più volte messo in seria difficoltà sia la dottrina, che la giurisprudenza. Pertanto, una trattazione ricca di esempi e casi di attualità sembra di estremo interesse per chi scrive di questa affascinante causa di giustificazione.

Dopo aver analizzato singolarmente tutti i requisiti elencati nel primo comma dell'art. 54 cod. pen., si passerà a considerare gli altri elementi previsti dall'art. 54, commi 2 e 3 (il soccorso di necessità, il dovere di esporsi al pericolo, il costringimento psichico, il conflitto dei doveri e l'operatività della scriminante), non meno importanti dei precedenti.

Infine, dopo aver considerato la norma in esame sotto tutti i suoi aspetti, si passerà a considerare la recente pandemia e il legame che questa ha avuto con

lo stato di necessità. In particolare, si andrà a vedere il concetto di *trriage* esiziale, e dunque si scriverà della difficile scelta di fronte cui si sono trovati i medici, sia sotto un punto di vista legale, sotto un punto di vista etico.

Si comincerà prendendo in esame la figura del medico da un punto di vista generale. Si avrà modo di esporre che il problema presentato dal *trriage* esiziale ha anche esso delle origini antiche. Già ai tempi di Ippocrate, infatti, il medico si trovava nella difficile situazione di dover scegliere chi salvare. Col fine di comprendere al meglio un concetto complesso come quello della responsabilità del medico, si avrà modo di parlare anche di inesigibilità e colpa per assunzione.

Successivamente, si passerà al fulcro della trattazione, e cioè al conflitto di doveri: una situazione estremamente difficile nella quale il medico dovrà operare la sua scelta in forza dell'art. 54 cod. pen.. Si avrà modo di analizzare nello specifico il *trriage* esiziale prendendo in considerazione gli obiettivi e i criteri che indirizzano la scelta del sanitario. Si vedrà come la situazione cambi in base ai casi concreti e quanto possa essere complesso il concetto di *trriage ex post*. In particolare, si vedrà come la dottrina si è posta e si è evoluta durante la pandemia.

Inoltre, si prenderà in considerazione il concetto di responsabilità del sanitario nell'esercizio della professione medica e il c.d. scudo penale, che è andato a modificare in via temporanea la disciplina giuridica applicabile ai sanitari.

Il Covid- 19 è solo l'ultimo degli esempi che si potrebbero addurre che dimostrano che il nostro sistema sanitario e legale, attualmente, non può essere considerato come ottimale. Probabilmente, questo è dovuto alla immutabile natura dell'uomo e a tutte le difficoltà che l'essere umano porta con sé. Ciò nonostante, è innegabile che sebbene si sia trovata di fronte un pericolo tremendo l'umanità sia riuscita a superare questa grande difficoltà. A tal fine, si ricordano le parole di un grande uomo, J.F. Kennedy: “ Do not pray for easy

lives. Pray to be stronger men” (non pregate per avere una vita facile. Pregate per essere uomini più forti).

## CAPITOLO I

### LE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE

#### Par. 1. Le cause di giustificazione nel Codice Penale vigente: una premessa

Nel vigente ordinamento penale l'istituto dello stato di necessità è regolato dall'articolo 54 del Codice penale. Più precisamente la norma è collocata nel Libro I, Titolo III ("Del reato"), Capo I, intitolato "Del reato consumato e tentato". Ultimo tra le cinque cause di non punibilità (si userà per ora questa espressione in senso generico), lo stato di necessità e gli istituti disciplinati dagli articoli da 50 a 53<sup>1</sup> vengono comunemente definiti dagli studiosi del diritto penale come una delle cause di giustificazione dettagliatamente disciplinate dal Codice stesso. È dunque necessaria un'analisi generale della nozione di "causa di giustificazione" al fine di possedere gli strumenti interpretativi necessari per comprendere nel miglior modo possibile l'istituto di cui ci si occuperà.

Occorre subito precisare che l'espressione testé usata (causa di giustificazione) invano verrebbe ricercata negli oltre 734 articoli del Codice vigente: si tratta infatti del frutto di una riflessione dottrinale iniziata già nel secolo scorso e che ha portato numerosi studiosi ad aderire alla cosiddetta teoria tripartita del reato, elaborata dalla dottrina tedesca e successivamente proposta in Italia nel 1930 da un illustre studioso, Giacomo Delitala<sup>1</sup>. Com'è ben noto, il Codice

---

<sup>1</sup>DELITALA G., *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976, 13 ss.; BETTIOL G., *Diritto penale, parte generale*, Padova, 1981, 330; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2014, 191; FROSALI R.A., *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma, 1933, 280 ss.; MAGGIORE G., *Diritto penale*, Bologna 1961, 289; MARINUCCI G., *Fatto e scriminanti. Note dogmatiche e politico-criminali*, *Riv. dir. proc. pen.*, 1983, 1190 ss.; PADOVANI T., *Alle radici di un dogma: appunti sulle origini dell'antigiuridicità obiettiva*, *Riv. dir. proc. pen.*, 1983, 103 ss.; PETROCELLI B., *I principi di diritto penale*, I, Napoli, 1955, 234 ss.; ROMANO

penale vigente venne emanato proprio in quell'anno, ma ad opera di studiosi che si erano formati scientificamente sotto una differente impostazione dottrinale. I redattori del codice, infatti, nel 1930, avevano aderito alla cosiddetta teoria bipartita del reato, di origine italiana, che sosteneva come il reato fosse composto da un elemento oggettivo e da un elemento soggettivo: il primo consistente nel fatto tipico, ossia in una condotta umana, accompagnata eventualmente da un nesso di causalità e da un evento; il secondo, invece, consistente nell'intenzione del soggetto agente, si manifestava nel dolo o nella colpa<sup>2</sup>. Dunque vanamente si ricercerebbero nel codice Rocco gli effetti della concezione tripartita del reato. Nessuna meraviglia, quindi, che parole come scriminanti, antigiuridicità e cause di giustificazione non siano presenti nel nostro Codice che, invece, diversamente da altri codici europei, parla di "circostanze che escludono le pene"<sup>3</sup>. A questo proposito, non può non stupire che il sintagma "cause di giustificazione" assente, come si è appena detto, dal testo del codice penale, si ritrovi invece, tal quale, nell'art. 530.3 del Codice di procedura penale, là dove si stabilisce, sotto la rubrica "sentenza di assoluzione" che "Se vi è la prova che il fatto è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione o di una causa personale di non punibilità ovvero vi è dubbio sulla esistenza delle stesse, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione a norma del 1° comma"<sup>4</sup>. Eppure entrambi i codici vennero promulgati nello stesso giorno, il 19 ottobre 1930, con due Regi Decreti recanti la stessa data e, rispettivamente, il numero 1398 e 1399, con il medesimo ministro di Grazia e Giustizia, Alfredo Rocco. Ciò premesso, occorre riconoscere

---

M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 1995, 307; VASSALLI B., *Il fatto negli elementi del reato*, *Riv. dir. proc. pen.*, 1984, 529 ss.; PULITANÒ D., *Illiceità espressa e illiceità speciale*, *Riv. dir. proc. pen.*, 1967, 255; PALAZZO A., *Corso di diritto penale, parte generale*, Torino, 2011, 203; GROSSO G.- PELISSERO M.- PETRINI D.- PISA P. (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013, 281.

<sup>2</sup> Sul punto si rinvia a COCCO G.- AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Trattato breve di diritto penale. Parte generale*- I, 2- *Il reato*, Milano, 2017, 4.

<sup>3</sup> FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 268.

<sup>4</sup> Art. 530, comma 3, Cod. Pen..

che l'espressione usata negli articoli 59 e 119 c.p., per la sua ampiezza è tuttavia in grado di riferirsi a circostanze - sia oggettive che soggettive - capaci di escludere sia la sussistenza del reato, quanto di attenuarne la gravità. Poiché dunque dal Codice penale non si possono trarre elementi univoci per collocare dogmaticamente le cause di giustificazione, gli studiosi più recenti hanno potuto fare espresso riferimento all'evoluzione della teoria del reato, aderendo alla c.d. "concezione trifasica"<sup>5</sup>.

## **Par. 2. Il problema del concetto di anti giuridicità del reato**

Fu il penalista tedesco Ernst Beling nei primi anni del secolo scorso ad introdurre nel pensiero scientifico penale quella che venne poi chiamata la "teoria tripartita". Affermava, infatti, lo studioso tedesco che il reato è costituito da un fatto, che presenta i caratteri dell' anti giuridicità e della colpevolezza. Da questa impostazione è nata la considerazione in via autonoma della anti giuridicità, rispetto al requisito del fatto tipico. Essa è dunque un elemento essenziale del reato: permette di qualificare il fatto ed è un criterio di valutazione; impone un giudizio di contrarietà all'ordinamento. Occorre dunque verificare se il fatto concretamente accaduto coincida con il fatto astrattamente previsto dalla legge, in tutte le sue componenti<sup>6</sup>.

Tuttavia, stabilire se un fatto è illecito o meno non è semplice. Infatti, poiché l'ordinamento deve essere coerente in tutti i suoi settori, un fatto non può essere considerato lecito in un settore ed illecito in un altro. Se, per esempio, un fatto dovesse essere reputato illecito nell'ambito penale, ma non in quello civile, esso dovrà comunque essere considerato come un fatto illecito. Le cause di giustificazione si possono dunque desumere da qualsiasi norma dell'ordinamento a prescindere dalla specifica branca del diritto. Si tratta

---

<sup>5</sup> COCCO G.- AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 197.

<sup>6</sup> COCCO G.- AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 138.

pertanto di un catalogo aperto di norme che seguono le regole previste dal settore di appartenenza<sup>7</sup>.

Le cause di giustificazione, o scriminanti, sono dunque delle cause di non punibilità che escludono l'antigiuridicità del fatto tipico<sup>8</sup>. Si tratta di situazioni che, se presenti, escludono la punibilità di un reato, sebbene il fatto integri quanto previsto in via astratta dalla norma<sup>9</sup>. Un esempio di causa di giustificazione è la legittima difesa, la più nota tra le scriminanti disciplinate dal nostro Codice. Si metta il caso che Tizio aggredisca Caio nel tentativo di sottrargli il portafogli. Senza alcuna esitazione accorre il padre di Caio, Sempronio ( che non è né un poliziotto, né un carabiniere). Vedendo il figlio subire un'aggressione e non essendoci nessuno in grado di aiutare, il padre di Caio spinge violentemente Tizio alle spalle facendolo cadere per terra. Di fronte alla legge penale la condotta di Sempronio sarà scriminata in forza dell'art. 52 cod. pen, nell'ipotesi in cui sussistano tutti i requisiti richiesti da tale norma.

Le cause di giustificazione per loro stessa natura costituiscono un catalogo aperto e, inoltre, sono tenute a rispettare il principio di gerarchia delle fonti, necessario per risolvere gli eventuali conflitti che possono insorgere tra le diverse norme. Invero, gli effetti scriminanti sono prodotti da una norma di rango primario<sup>10</sup>. Perché una norma di rango sub-legislativo produca effetti scriminanti è necessario che questa sia legittimata da un'altra norma, primaria, alla quale è dunque riconducibile l'effetto scriminante<sup>11</sup>.

Oggi è molto dibattuto il problema se, oltre alle cause espressamente previste, possano esserci nel sistema penale delle altre cause di giustificazione non codificate. La ragione del dubbio nasce da ragioni pratiche. Esistono, infatti, alcune situazioni che non rientrano tra le cause di giustificazioni elencate agli

---

<sup>7</sup> COCCO G.- AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 139.

<sup>8</sup> FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 199.

<sup>9</sup> ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 520.

<sup>10</sup> COCCO G.- AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 139.

<sup>11</sup> PULITANÒ D., *Illiceità*, cit., 258.

art. 50 cod. pen. e seguenti<sup>12</sup>. Tuttavia, una parte della dottrina ritiene di poter risolvere queste situazioni facendo riferimento ad alcune norme presenti nel vigente Codice penale, senza bisogno di fare ricorso all'ausilio di interpretazioni analogiche<sup>13</sup>. Le situazioni concrete in presenza delle quali nasce questo problema di liceità sono di tre tipi:

- il trattamento medico-chirurgico. Questa prima problematica viene risolta con l'ausilio dell'atipicità della condotta del medico che agisce con il consenso del paziente. Così ragionando, la liceità del trattamento medico chirurgico è scriminata in forza dell'art. 50 cod. pen. (consenso dell'avente diritto)<sup>14</sup>;
- l'attività sportiva violenta che si svolga nel rispetto delle regole del gioco (es. il pugilato). Questa situazione risulta giustificata in forza dell'art. 51 cod. pen. (esercizio del diritto e adempimento del dovere)<sup>15</sup>. La condizione necessaria, però, per l'applicazione di tale articolo è il rispetto delle regole. Infatti, non può essere scriminata una condotta che risulta essere contraria alle regole del gioco (es. l'accanimento fisico contro l'avversario che si è arreso durante un incontro di pugilato);
- le informazioni commerciali non ingannevoli. Tali condotte vengono anch'esse scriminate in forza dell'art. 51 cod. pen. Ciò accade perché le informazioni diffuse risultano veritiere. Tuttavia, pur essendo giustificate, tali condotte danneggiano la reputazione degli altri concorrenti all'interno del mercato<sup>16</sup>. (es. la diffusione di informazioni segrete sul prodotto di una società rivale).

E sarà proprio in relazione al primo dei tre problemi ricordati, il trattamento medico-chirurgico, che si avrà modo di intrattenersi in seguito in modo

---

<sup>12</sup> Cfr. con MEZZETTI N., *Diritto penale*, Bologna, 2015, 276 ss.

<sup>13</sup> Sul punto si rinvia, per una trattazione più approfondita a PALAZZO A., *Corso di diritto penale*, cit., 415.

<sup>14</sup> COCCO G.- AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 143.

<sup>15</sup> COCCO G.- AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 143.

<sup>16</sup> COCCO G.- AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 143.

approfondito su questo delicatissimo argomento, in sede di analisi dell'art. 54 cod. pen. Con riferimento alla recente pandemia di Covid-Sars 19.

Onde evitare eventuali fraintendimenti, preme chiarire infine che le cause di non punibilità si possono distinguere in tre diverse categorie<sup>17</sup>:

1. Cause di giustificazione: richiedono la presenza di una norma, ricavabile da un qualsiasi settore dell'ordinamento, che permette di compiere un reato, sebbene il fatto risulti essere perfettamente conforme alla fattispecie incriminatrice. La causa di giustificazione, in altre parole, deroga alla norma che incrimina.
2. Cause di esclusione della colpevolezza: conosciute anche come "scusanti". Sono delle norme eterogenee che elidono l'elemento soggettivo del reato a causa dell'impossibilità di muovere un rimprovero soggettivo al reo per un fatto che oggettivamente rimane illecito<sup>18</sup>. Possono dividersi in errore sul fatto (di fatto o di diritto) ed in errore sul precetto, quando l'ignoranza della legge è inevitabile ( la normale ignoranza della legge, invece, comporta la punibilità). Vi rientra lo stato di necessità qualora si ritenga che abbia natura di scusante e non di scriminante<sup>19</sup>. Un esempio di scusante è il seguente: si pensi ad un contribuente che non è in grado di presentare tempestivamente la denuncia dei redditi perché nella sua città i servizi pubblici sono stati bloccati per il verificarsi di un'alluvione o un altro disastro.

---

<sup>17</sup> MARINUCCI G.- DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, I, *Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano, 2001, 403; FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale*, cit. 814; FIORE C., *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966, 389; PEDRAZZI C., *L'exceptio veritatis. Dogmatica ed esegesi*. Riv. dir. pen., 429; ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, Riv. dir. proc. pen., 1990, 63; ROMANO M., *Commentario*, cit., 523; VASSALLI B., *Il fatto*, cit., 619; HIRSCH G., *La posizione di giustificazione e scusa nel sistema di reato*, Riv. dir. proc. pen., 1981, 777; ROXIN C., *Problemi fondamentali della teoria dell'illecito. Cause di giustificazione e scusanti, Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, Napoli, 1996, 15.

<sup>18</sup> Per una trattazione più approfondita sulle cause di esclusione della colpevolezza si rinvia a COCCO G.-AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 293 ss..

<sup>19</sup> Per un approfondimento sull'errore di fatto e l'errore sul precetto si rinvia a COCCO G.-AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 247 ss..

3. Cause di non punibilità in senso stretto: rendono non punibile un fatto tipico, antigiuridico e colpevole. Il loro fondamento sta in ragioni di pratica convenienza politico-criminale. Si esclude la sanzione per salvaguardare altri e diversi interessi che potrebbero da quella sanzione essere lesi. Un esempio di queste cause sono i furti endo-familiari, non punibili in virtù dell'espressa disposizione dell'art. 649, comma 1 cod. pen.. Da questa impostazione discendono inevitabilmente due corollari: innanzitutto, la presenza di una causa di non punibilità in senso stretto non incide sulle conseguenze civili del fatto, per cui l'offeso sarà così legittimato a compiere azioni civili per ottenere il risarcimento del danno subito. In secondo luogo, tali cause non si estendono ad eventuali concorrenti nel reato, che resteranno responsabili penalmente<sup>20</sup>.

### **Par. 3. L'antigiuridicità oggettiva e l'antigiuridicità speciale**

L'antigiuridicità possiede dunque una natura oggettiva, poiché, a prescindere dall'atteggiamento dell'autore del reato, in presenza di una scriminante, il comportamento realizzato non risulta essere in contrasto con l'ordinamento, senza che sia necessario che il soggetto agente ne sia consapevole<sup>21</sup>; e, come è stato detto poc'anzi, questo effetto si verifica a prescindere dalla branca del diritto da cui ha origine la scriminante. È direttamente l'art. 59 del cod. pen., nel primo comma, a dare ulteriore conferma della natura oggettiva delle cause di giustificazione: esso afferma, infatti che "le circostanze che attenuano o escludono la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti"<sup>22</sup>. Tuttavia, tale oggettività

---

<sup>20</sup> Per una trattazione più completa sulle cause di non punibilità in senso stretto si rinvia a COCCO G.-AMBROSETTI E.M., *Trattato breve di diritto penale- Parte generale- II- Punibilità e pene*, Padova, 2009, 98 ss..

<sup>21</sup> COCCO G.-AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 140-141.

<sup>22</sup> Art. 59, comma 1, Cod. Pen.

non impedisce la presenza, nelle cause di giustificazione, di elementi soggettivi, oltre che oggettivi. Gli elementi oggettivi attengono all'evento e quelli soggettivi, invece, alla condotta<sup>23</sup>. Sebbene la posizione tradizionale segua il precetto dell'articolo, permettendo quindi alla scriminante di operare anche in assenza dell'elemento soggettivo, di recente la dottrina sembra essersi orientata in tutt'altra direzione. Si afferma infatti che, se la norma scriminante richiede, come condizione per il suo operare, la presenza di uno specifico stato psicologico, il giudice dovrà accertare anche la presenza di quest'ultimo per poter applicare la norma scriminante<sup>24</sup>.

Il sistema penale vigente conosce tuttavia un secondo tipo di antigiuridicità (o illiceità): essa si caratterizza per la circostanza che il legislatore intende segnalare in modo specifico la positiva contrarietà della condotta descritta ad altre norme dell'ordinamento giuridico, diverse da quelle penali. In tal modo la stessa descrizione del fatto tipico si arricchisce e diventa un elemento che dovrà essere, secondo note regole generali, conosciuto e voluto ai fini della realizzazione dolosa. È questa l'ipotesi chiamata antigiuridicità speciale, caratterizzata appunto dalla natura della norma extra-penale che entra a far parte degli elementi della fattispecie penale. Accade che più di una norma codicistica, mediante l'uso del sintagma "abusivamente", "illecitamente", "indebitamente", "arbitrariamente" o altre simili espressioni, faccia esplicito riferimento al necessario contrasto tra la condotta realizzata e una norma di legge che ne vieti la realizzazione<sup>25</sup>. Si tratta della cosiddetta antigiuridicità espressa: come esempi si possono sicuramente ricordare gli artt. 392, 393, 316, 494 cod.pen. Queste norme incriminatrici presentano la caratteristica di essere

---

<sup>23</sup> SPAGNOLO G., *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova, 1980, 5; VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, 322; SCHIAFFO F., *Le situazioni "quasi scriminanti" nella sistematica teleologica del reato*, Napoli, 1998, 103 ss., CAVALIERE A., *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica ideologica*, Napoli, 2000, 461.

<sup>24</sup> FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 271.

<sup>25</sup> DELITALA G., *Il "fatto"*, cit., 29.

descritte in modo significativamente completo già a prescindere dall'uso degli avverbi sopra elencati e, pertanto, la funzione degli stessi risulta quella di richiamare il giudice al suo dovere di controllare con particolare cura nel caso concreto l'eventuale presenza di cause di giustificazione<sup>26</sup>. La circostanza che una norma di legge penale definisca una certa condotta illecita come abusiva, indebita, illecita od arbitraria produce tuttavia una conseguenza di enorme rilievo: viene ad indicare infatti che l'eventuale errore nel quale sia incorso il soggetto agente, convinto in buona fede della legittimità del proprio comportamento, troverà la sua disciplina nella disposizione del terzo comma dell'art. 47 cod. pen. e renderà vano ogni richiamo all'art. 59, ultimo comma, stesso codice<sup>27</sup>.

Non sempre però la presenza delle quattro ricordate espressioni linguistiche comporta un'antigiuridicità speciale. A volte si tratta solo di un richiamo all'esigenza che il fatto non venga giustificato. Tali situazioni sono casi di antigiuridicità specifica apparente. Un esempio è dato dall'art. 392 del cod. pen. che afferma: "chiunque, al fine di esercitare un preteso diritto, potendo ricorrere al giudice, si fa arbitrariamente ragione da sé medesimo, mediante violenza sulle cose, è punito, a querela della persona offesa, con la multa fino a 517 euro"<sup>28</sup>.

#### **Par. 4. Il fondamento delle cause di giustificazione**

Parimenti controverso risulta il dibattito sul fondamento delle cause di giustificazione, con riguardo sia alle scriminanti comuni (artt. 50 e seguenti del cod. pen.), sia a quelle speciali previste dalle singole norme. Ad oggi non si è ancora giunti ad una soluzione unanime<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Sul punto si rinvia a PULITANÒ, *Illiceità*, cit., 75; FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 203.

<sup>27</sup> FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 202.

<sup>28</sup> Art. 392 Cod. Pen..

<sup>29</sup> COCCO G.- AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 144.

Infatti, secondo una prima teoria, la teoria pluralistica, ci sarebbero più principi alla base delle cause di giustificazione<sup>30</sup>. Secondo un'altra tesi, si avrebbe invece un fondamento unico, che consisterebbe nel bilanciamento degli interessi in gioco<sup>31</sup>. Tuttavia, a minare la solidità di questa teoria si pone l'eventuale circostanza che una causa di non punibilità possa avere un duplice fondamento dogmatico. In questi particolari casi concorrono, nello stesso tempo, sia circostanze che annullano la antigiuridicità, sia circostanze che annullano la riprovevolezza.

A questo proposito, di particolare rilevanza risulta essere l'art. 54 cod. pen., ossia lo stato di necessità. Si può parlare anche di stato di necessità scusante o solo di stato di necessità giustificante? Il problema è nato dalla struttura stessa dell'articolo. Infatti esso considera come non punibili anche quelle condotte in forza delle quali il bene giuridico sacrificato e quello in pericolo siano i medesimi<sup>32</sup>. Un esempio di questa situazione è il seguente: due alpinisti decidono di andare a scalare il Monte Bianco. Ad un certo punto si trovano a dover affrontare una parete ghiacciata e, usando la debita attrezzatura proseguono nella salita. I picconi di sicurezza che erano stati piantati, inaspettatamente si rompono, lasciando i due alpinisti appesi alla medesima corda. Il peso dei due soggetti è eccessivo e se la corda non verrà recisa da uno dei due, il risultato sarà la morte di entrambi. Il soggetto che, per salvare la propria vita, reciderà la corda facendo cadere il compagno verso morte certa non potrà essere punito; ma sorge il dubbio se si tratti di una scriminante o di una scusante. Infatti, il bene giuridico protetto coincide con quello in concreto lesa: la vita.

---

<sup>30</sup> MANTOVANI F., *Diritto Penale- Parte generale*, Padova 2015, 235; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 270.

<sup>31</sup> PADOVANI T., *Alle radici*, cit., 149; ROMANO M., *Commentario*, cit., 521.

<sup>32</sup> COCCO G.- AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 144.

In altri ordinamenti, sono state previste due diverse tipologie di stato di necessità: una scriminante e una diminvente<sup>33</sup>. La prima integra una vera e propria scriminante, la seconda influisce soltanto sull'entità della pena che deve essere diminuita. In Germania, ad esempio, lo stato di necessità viene disciplinato in due distinti paragrafi del Codice penale. I paragrafi 34 e 35. Per comodità di chi legge, si ritiene di inserire la traduzione in lingua italiana delle due norme citate. L'articolo 34 (stato di necessità giustificante) prevede che “non agisce illecitamente chi, per scongiurare a sé o ad altri il pericolo della vita, dell'incolumità, della libertà, dell'onore, del patrimonio o di un altro bene giuridico compie un atto in pericolo presente e inevitabile se, nella ponderazione degli interessi contrastanti, vale a dire gli interessi giuridici lesi e il grado dei pericoli che li minacciano, l'interesse tutelato supera di gran lunga quello danneggiato. Tuttavia, questo vale solo se l'atto è un mezzo appropriato per scongiurare il pericolo”<sup>34</sup>. L'articolo 35 (stato di necessità diminvente), invece, prevede che “agisce senza colpa chiunque commette un atto illecito in un pericolo presente e inevitabile per la vita, l'incolumità fisica o la libertà al fine di scongiurare il pericolo a se stesso, a un parente o ad un'altra persona a lui vicina. Ciò non si applica se ci si poteva aspettare che l'autore del reato accettasse il pericolo date le circostanze, vale a dire perché ha causato lui stesso il pericolo o perché era in un rapporto giuridico speciale; tuttavia, la pena può essere ridotta ai sensi dell'articolo 49, paragrafo 1, se l'autore non ha dovuto accettare il pericolo in relazione a un rapporto giuridico speciale”<sup>35</sup>. Tuttavia in Italia allo stato attuale, e diversamente da altri ordinamenti, si reputa che lo stato di necessità (e le eventuali altre scriminanti che seguono la

---

<sup>33</sup> Per una trattazione più precisa sul punto si rinvia a MOLARI A., *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964, 45 ss..

<sup>34</sup> Cfr. art. 34 Strafgesetzbuch.

<sup>35</sup> Cfr. art. 35 Strafgesetzbuch.

stessa *ratio*) abbiano una “natura mista”<sup>36</sup>. Dibattuta risulta essere la natura della causa di giustificazione codificata nell’articolo 54 cod. pen..

---

<sup>36</sup> MEZZETTI A., *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello Statuto della Corte Internazionale Penale*, *Riv. dir. proc. pen.*, 2000, 238.

## CAPITOLO II

### LO STATO DI NECESSITÀ

#### Par. 1. Evoluzione normativa e fondamento dogmatico dello stato di necessità

La scriminante in esame risulta avere delle radici storiche ben più antiche del nostro attuale codice. Una breve trattazione storica di questo istituto è dunque necessaria al fine di comprenderne appieno la portata.

Una teoria generale dello stato di necessità appare per la prima volta nel diciassettesimo secolo. Prima di allora, infatti, l'unico riferimento paragonabile appare essere quello del furto per necessità: era considerato come un fatto intrinsecamente lecito, dalla dottrina canonistica, in forza del principio della destinazione universale dei beni<sup>37</sup>. Diversamente, nel diritto intermedio non era presente un principio che escludesse la responsabilità penale di un soggetto in relazione alla commissione di un crimine o di un delitto.

Nel diciassettesimo secolo, lo stato di necessità assume una nuova rilevanza. Molti autori, infatti, iniziano a trattarlo. Spicca fra questi il famoso filosofo inglese Thomas Hobbes, il quale fonda su questo istituto la propria teoria fondativa dello Stato moderno. Opposta al tradizionale orientamento classico, greco-latino e cristiano, tale teoria si fonda sui capisaldi della essenziale antisocialità dell'uomo e sul diritto dell'individuo all'autoconservazione<sup>38</sup>. Lo stato di necessità diventa, dunque, il modello fondante del diritto pubblico e, nel contempo, tende anche ad entrare nei rapporti tra privati, in via di

---

<sup>37</sup> Sul punto vedesi UGUCCIONE DA PISA, "Summa decretorum: *Iure naturali omnia sunt communia, id est tempore necessitatis indigentibus communicanda*", in COUVREUR G., *Les pauvres ont-ils des droits? Recherche sur le vol en cas d'extrême nécessité depuis la Concordia de Gratien (1140) jusqu'à Guillaume d'Auxerre (1231)*, Roma, 1961, 291.

<sup>38</sup> HOBBS T., *Elementa philosophica De Cive*, trad. it. *Elementi filosofici sul cittadino*, in BOBBIO N. (a cura di), *Opere politiche di Thomas Hobbes*, Torino, 1988, 29.

eccezione al precetto generale. Tuttavia, lo sviluppo dello stesso in virtù di scriminante è molto più lento. Salvo qualche raro esempio, non sembra esserci traccia di un utilizzo dello stato di necessità all'interno dei codici preunitari. Lo stato di necessità diverrà, infatti, un principio generalmente riconosciuto solo con le legislazioni dell'Ottocento. La causa di ciò è da ricercarsi nello Stato che, sebbene giustifichi i propri rapporti verso i cittadini e gli altri Stati nei termini della necessità, si riserva tuttavia di decidere quali siano i valori incontrovertibili per i privati<sup>39</sup>.

Nel periodo preunitario, non vi è traccia di alcuna disposizione che si riferisca allo stato di necessità. Diversa cosa accadeva, invece, per la legittima difesa, di cui si poteva trovare qualche riferimento in relazione alle singole categorie di delitti<sup>40</sup>. Tuttavia, a livello pratico, la dottrina utilizzava la necessità come un mezzo per ridurre o escludere al soggetto l'imputazione soggettiva del fatto. Tale esito si sarebbe raggiunto in ragione del fatto che l'azione compiuta dall'attore sarebbe stata determinata dalla presenza di un grave e imminente pericolo che avrebbe dunque costretto ad adottare la condotta. Così stando le cose, in presenza di questa non indifferente circostanza, il fatto non si poteva giuridicamente riferire all'uomo<sup>41</sup>.

Con l'avvento del Codice Zanardelli, lo stato di necessità divenne una causa di non punibilità autonoma. Ciò accadde proprio a causa della frequenza pratica che tale istituto poteva vantare e per l'importanza non indifferente che ricopriva. Venne così inserito nel codice all'articolo 49, comma 3, il quale prevedeva: "Non è punibile colui che ha commesso il fatto (...) per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri da un pericolo grave e imminente alla persona, al quale non aveva dato volontariamente causa e che non si

---

<sup>39</sup> RONCO M., in RONCO M. - ROMANO B., *Codice Penale commentato*, in *One Legale*, sub. Art. 54, 3.

<sup>40</sup> GROSSO C.F., voce *Necessità (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 882; VIGANÒ F., *Stato di necessità*, in (a cura di) CASSESE S., *Dizionario di diritto pubblico Cassese*, VI, Milano, 2006, 114.

<sup>41</sup> Cfr. con CARMIGNANI G., *Elementi del diritto criminale*, Napoli, 1854, 633 par. 205; ROMAGNOSI G.D., *Genesi del diritto penale*, Milano, 1996, 585.

poteva altrimenti evitare”<sup>42</sup>. Negli anni che seguirono, dopo l’emanazione del codice del 1889, sia la dottrina di impostazione classica<sup>43</sup>, sia quella di impostazione positivista<sup>44</sup> continuò a ravvisare nello stato di necessità una causa di non punibilità ricollegabile al modo anormale in cui la volontà si era formata. La nuova posizione della dottrina, e la norma prevista dal codice Zanardelli vennero così a coincidere con la precedente consuetudine precodificistica.

Il Codice Rocco del 1930 non ha voluto distaccarsi dalla tradizione precedente che fondava la *ratio* dello stato di necessità nella mancanza di una volontà rimproverabile, in quanto derivante da cause non imputabili ai soggetti coinvolti. Tuttavia, nel perseguire lo scopo di maggiore sistematicità, l’attuale codice penale ha dato origine ad una nuova problematica in ordine alla natura e al fondamento della scriminante in esame. Il problema è dato dal fatto che lo stato di necessità non soggiace agli stessi criteri oggettivi dell’adempimento del dovere (art. 51), l’esercizio del diritto (art. 52) o la legittima difesa (art. 53). L’articolo 119 del codice, pur prevedendo la distinzione tra circostanze soggettive e circostanze oggettive di esenzione della pena, non precisa i criteri per collocare le cause di non punibilità nell’una o nell’altra categoria, limitandosi solo ad un’elencazione. A rendere il tutto ancora più incerto, si aggiunge l’articolo 59, comma 1, che, prevedendo che “Le circostanze che attenuano o escludono la pena sono valutate a favore dell’agente anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti”<sup>45</sup>, ha come effetto l’introduzione di un’eccezione al principio della rilevanza oggettiva delle cause che escludono la pena. E ancora, l’assenza nella “Relazione al Codice”, prevista per il Codice penale del 1930, di una spiegazione in termini oggettivistici dello

---

<sup>42</sup> Art. 49, comma 3, Codice Zanardelli.

<sup>43</sup> PESSINA E., *Manuale del diritto penale italiano, Parte Generale*, I, Napoli, 1906, 84.

<sup>44</sup> Sul punto si rimanda a FERRI E., *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928, 467; FERRI E., *La teoria dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Firenze, 1878, 533.

<sup>45</sup> Art. 59, comma 1, Cod. Pen.

stato di necessità induce a ritenere, insieme alle altre due ragioni sopra addotte, che il legislatore abbia intenzionalmente deciso di non distaccarsi dalla tradizione precedente<sup>46</sup>.

Da questa prima trattazione, sotto un profilo storico, dello stato di necessità possiamo già ricavare una prima conclusione. L'istituto che stiamo analizzando ha delle radici storiche profonde che vanno ben oltre il testo scritto. Come sopra detto, infatti, una prima traccia scritta di tale istituto si ritrova nel Codice Zanardelli del 1889, ma in via consuetudinaria lo stato di necessità risultava essere presente fin dal diciassettesimo secolo. Non vi è più, dunque, alcun dubbio sulla rilevanza che questo istituto ha avuto nel passato e nel prosieguo di questa analisi avremo modo di valutare la rilevanza che questa scriminante ha saputo mantenere anche in tempi critici come quelli causati dal Covid-19.

## **Par. 2. La disciplina normativa dello stato di necessità**

Attualmente, lo stato di necessità è disciplinato dall'articolo 54 del Codice Penale che stabilisce:

- I. Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato commesso dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo a lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo.*
- II. Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo.*
- III. 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*

---

<sup>46</sup> RONCO M., in RONCO M.- ROMANO B., *Codice Penale commentato*, cit., 3.

*fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretto a commetterlo*<sup>47</sup>.

Questo istituto, che come abbiamo visto, possiede una dignità storica non indifferente, trova il proprio fondamento nell'istinto di sopravvivenza dell'uomo<sup>48</sup>. "*Necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem*" è il brocardo ricavabile dal diritto romano<sup>49</sup>. Di fatti, questa scriminante rende non punibile l'azione lesiva che il soggetto si è visto costretto ad adottare per salvare sé stesso o altri da un pericolo attuale e non evitabile in diverso modo, contro dei beni che fanno parte della sfera giuridica di un soggetto che non ha avuto nulla a che fare con la fonte del pericolo. Il fatto che il soggetto colpito dalla azione lesiva sia estraneo rispetto alla fonte che ha prodotto il pericolo è la caratteristica che distingue lo stato di necessità dalla legittima difesa<sup>50</sup>.

Per quanto attiene alla operatività di questa causa di non punibilità, bisogna rifarsi all'articolo 59 del cod. pen., il quale prevede che la norma scriminante vada applicata anche se ci sono delle circostanze fattuali che sono ignorate dal soggetto agente o da esso ritenute inesistenti. Inoltre, qualora il soggetto agente dovesse erroneamente ritenere presenti circostanze aggravanti o attenuanti, la causa di giustificazione verrà comunque considerata in favore dell'attore<sup>51</sup>.

Più problematico risulta, invece, l'inquadramento del fondamento di questa causa di non punibilità. Esistono, in dottrina, due orientamenti contrapposti. Il primo è di tipo soggettivo e la sua *ratio* si basa sulla impossibilità di chiedere ad un soggetto umano, che si trova in una situazione di pressione psicologica causata dal pericolo, di adottare una

---

<sup>47</sup> Art. 54 Cod. Pen..

<sup>48</sup> Per un confronto con la dottrina tedesca si rimanda a BAUMGARTEN A.G., *Notstand und Notwehr*, Tubinga, 1911,2; MAGGIORE G., *Diritto penale, Parte generale*,I, Bologna, 1951, 319.

<sup>49</sup> COCCO G.- AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit. 191.

<sup>50</sup> MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, in *Dig. Disc. pen.*, XIII, Torino, 1997, 672.

<sup>51</sup> Art. 59, Cod. Pen.

condotta conforme al diritto. Secondo tale impostazione, poiché il pericolo incide sulla formazione della volontà del soggetto, lo stato di necessità non potrebbe che assumere la natura di scusante. Il secondo orientamento, invece, avendo un'impostazione più oggettiva, individua il fondamento delle cause di giustificazione nel bilanciamento di interessi, come avviene per tutte le altre cause di giustificazione<sup>52</sup>.

L'impostazione oggettiva ha origine nel pensiero di Hegel, che pose il fondamento per il principio del bilanciamento degli interessi. Egli evidenziò la necessaria gerarchia tra i vari diritti, in relazione al modo con cui la "libertà autocosciente dell'uomo" si manifesta<sup>53</sup>. Il principio oggettivistico venne successivamente recepito ed ampliato in Italia dalla scuola tecnico-giuridica fondata da Arturo Rocco agli inizi del Novecento, il cui principale contributo fu la ricostruzione della funzione penale attorno all'idea dell'interesse dello Stato alla conservazione dei beni giuridici (individuali e collettivi). La tutela penale trova dunque la sua ragion d'essere nella necessità di tutelare l'interesse dello Stato. Nell'eventualità di un conflitto di interessi, lo Stato darà preferenza all'interesse socialmente prevalente, potendosi permettere la soccombenza dell'interesse che è causa di minaccia. Diversa cosa accade, invece, quando i due interessi sono equivalenti: poiché non viene leso l'interesse dello Stato alla conservazione del livello di interessi sociali preesistenti, non c'è alcuna motivazione per un intervento punitivo-penale. Per lo Stato, dunque, è indifferente che venga leso l'uno o l'altro interesse<sup>54</sup>. Il principio elaborato da Arturo Rocco venne in seguito riportata all'interno del nostro sistema giuridico da Francesco Antolisei<sup>55</sup>. Egli vede il fondamento dello stato necessità nella mancanza di danno

---

<sup>52</sup> COCCO G.- AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 191.

<sup>53</sup> HEGEL G.W.F., *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it. (a cura di) MARINI G., Bari, 1994, par. 30,143; e *sul diritto di necessità*, par. 127, 110.

<sup>54</sup> ROCCO A., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, 1913, 538.

<sup>55</sup> RONCO M., in RONCO M.- ROMANO B., *Codice Penale commentato*, cit., 6.

sociale, come avviene per la legittima difesa. Infatti non può esserci un danno per la società poiché il valore dell'interesse salvato, in seguito alla condotta adottata, è superiore rispetto a quello dell'interesse sacrificato. Lo stesso principio viene considerato anche nel caso in cui i due beni abbiano lo stesso valore: i beni si equivalgono e, a causa di forze maggiori, uno dei due è destinato a soccombere. L'unica vera differenza, per la società, dunque, sta nel fatto che soccombe un soggetto piuttosto che un altro. Il disinteresse da parte della comunità sociale sull'esito di tale condotta e su quale sia il bene effettivamente salvato è solo logico e consequenziale<sup>56</sup>.

La dottrina ha poi deciso di dare maggior supporto alla tesi oggettivistica, mettendosi in opposizione rispetto alla tesi tradizionale, secondo cui il fondamento della scriminante sarebbe l'inesigibilità soggettiva, attraverso dei cardini formali. Innanzitutto è stata estesa la possibilità di fare ricorso allo stato di necessità in favore di un terzo, a prescindere da qualsivoglia vincolo di parentela o amicizia. Poiché è l'art. 54 del cod. pen., e cioè una norma formale, a escludere la responsabilità penale per il soccorso apportato ad un soggetto terzo, risulterebbe insensata una base soggettiva per giustificare l'esimente<sup>57</sup>. Un secondo appiglio formale ricavabile dal cod. pen. è dato dall'art. 59, comma 1, secondo cui le cause di esclusione della pena hanno un'operatività oggettiva. Di conseguenza, la scriminante in esame produrrebbe i propri effetti anche nel caso in cui l'agente fosse totalmente ignaro dell'attuale situazione di pericolo<sup>58</sup>. Infine, si è trovato un'ultima ragione formale a sostegno della tesi oggettivistica all'interno dell'art. 54, comma 2, del cod. pen.: ivi viene infatti prevista la non

---

<sup>56</sup> Per un approfondimento sul concetto trattato si rinvia a AZZALI G., voce *Stato di necessità (dir. pen.)*, *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, XVIII, Torino, 1971, 363; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 305; GROSSO C.F., *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964, 303; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 265; MOLARI A., *Profili dello stato di necessità*, cit., 97; NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975, 197.

<sup>57</sup> MOLARI A., *Profili*, cit., 97.

<sup>58</sup> GROSSO C.F., *Difesa*, cit., 241.

applicabilità della scriminante per quei soggetti che hanno il dovere giuridico di esporsi al pericolo. Dovendo considerare l'interesse pubblico al corretto adempimento dei doveri, il bilanciamento degli interessi porterebbe ad un giudizio soccombente per l'interesse della persona soggetta all'obbligo rispetto all'interesse del terzo<sup>59</sup>.

La tesi oggettiva, pur godendo di riconoscibilità e fondamento formale, risulta però non essere convincente né dal punto di vista storico, né da quello giuridico. Risulta contraddittoria perché non dice se il terzo, vittima dell'azione necessaria, sia legittimato o meno a opporsi con la violenza<sup>60</sup>. Sotto questo aspetto, i sostenitori della concezione oggettiva sono divisi. Secondo alcuni, essendo la condotta lecita, sarebbe vietata la legittima difesa<sup>61</sup>. Per altri, poiché l'azione necessaria, pur essendo lecita dal punto di vista penale, sarebbe illecita da quello extrapenale, il terzo sarebbe legittimato ad agire secondo legittima difesa<sup>62</sup>. Di fatto, la contraddittorietà della tesi oggettiva è data da un altro fattore: il non aver stabilito in via di principio se il fatto compiuto per ragioni di necessità risulti essere giusto o ingiusto. Di conseguenza, se il fondamento della scriminante fosse davvero l'indifferenza etico-giuridica dello Stato davanti al conflitto di interessi, l'interprete potrà solo rispondere irrazionalmente di fronte al significato di giustizia o ingiustizia della reazione del terzo il cui bene si vuole sacrificare. Inoltre, l'ordinamento percepisce come illecita l'azione svolta dall'agente per ragioni di necessità e questo lo si ricava dall'articolo 2045 del cod. civ. che prevede: "Quando chi ha compiuto il fatto dannoso vi e' stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, e il pericolo non e' stato da lui volontariamente causato ne' era altrimenti evitabile, al danneggiato e' dovuta

---

<sup>59</sup> MOLARI A., *Profili*, cit., 104.

<sup>60</sup> RONCO M., in RONCO M.-ROMANO B., *Codice Penale commentato*, cit., 6.

<sup>61</sup> Cfr. con AZZALI G., *Stato di necessità*, cit., 368; MOLARI A., *Profili*, cit., 115.

<sup>62</sup> GROSSO C.F., *Difesa*, cit., 336.

un'indennità, la cui misura e' rimessa all'equo apprezzamento del giudice”<sup>63</sup>. Sotto il profilo civile, pertanto, l'azione compiuta risulta essere, inevitabilmente, illecita. In forza del principio di unità dell'ordinamento giuridico, se un fatto risulta essere illecito sotto il profilo civilistico, non si può pensare che esso non risulti essere contrario alla legge sotto il profilo penale. La mancanza di pena non può essere corrispondere ad una valutazione positiva da parte dell'ordinamento nei riguardi della condotta adottata<sup>64</sup>.

Di recente, una lettura dell'art. 54 in chiave soggettivistica si è ri-diffusa<sup>65</sup>. L'interpretazione soggettivistica si fonda sul principio di inesigibilità. In forza di questo, la *ratio* dello stato di necessità andrebbe ricavata nella anormale motivazione dell'agente. L'ordinamento considererebbe giustificata, e dunque non punibile, l'azione a causa della valutazione che si deve compiere sulla capacità di reazione dell'uomo medio e della non esigibilità per l'autore di adottare il comportamento che l'uomo medio non avrebbe probabilmente tenuto<sup>66</sup>.

A sostegno della colpevolezza normativa, si cita anche una sentenza costituzionale del 1988, che ha valutato come una scusa l'errore inevitabile del diritto. La massima della sentenza afferma infatti: “è costituzionalmente illegittimo - per contrasto con gli art. 27, 1° e 3° comma, e 3°, 1° e 2° comma, Cost., e con <lo spirito stesso dell'intera carta fondamentale ed i suoi essenziali principi ispiratori> - l'art. 5 c. p. <nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile”<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> Art. 2045 Cod. Civ..

<sup>64</sup> RONCO M., in RONCO M.- ROMANO B., *Codice Penale commentato*, cit., 7.

<sup>65</sup> Sulla linea di DELITALA G., *Il fatto*, cit., 17 e di MUSOTTO G., *Colpevolezza, dolo e colpa*, Palermo, 1939, 183, vanno annoverati come soggettivisti MORO D., *L'antigiuridicità penale*, Palermo, 1947, 147; SCARANO V., *La non esigibilità nel diritto penale*, Napoli, 1948, 119; DOLCE R., *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale*, Milano, 1957, 34; SANTAMARIA D., *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli, 1961, 278.

<sup>66</sup> SANTAMARIA D., *Lineamenti*, cit., 278.

<sup>67</sup> Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *One Legale*.

La stessa dottrina oggettivistica ha messo in discussione l'assolutezza della tesi dell'interesse prevalente/equivalente, in quanto non si può più considerare che lo stato di necessità abbia un fondamento unitario. Ci sono, infatti, Autori che distinguono tra lo stato di necessità giustificante e lo stato di necessità scusante<sup>68</sup>. Il primo sussisterebbe quando il bene sacrificato non coincide né con la vita, né con altro bene di carattere personalissimo, e risulta esserci la prevalenza del bene protetto rispetto a quello soccombente. Lo stato di necessità scusante, invece, ha la propria efficacia limitata all'ambito soggettivo, che andrebbe considerato quando sono in gioco il bene della vita o altri beni personalissimi il cui sacrificio non può mai essere giustificato<sup>69</sup>. Nello specifico, la necessità scusante si fonda sull'inesigibilità non sotto l'aspetto psicologico, ma quello normativo, come limite a un dovere in relazione alla situazione eccezionale in cui il soggetto si è trovato coinvolto<sup>70</sup>.

Con la Commissione Pagliaro, si arriva ad una conclusione del dibattito sulla tesi soggettiva e oggettiva, pur rimanendo quello in oggetto ancora un argomento discusso e necessitante di ulteriori riforme. La legge delega elaborata dalla Commissione Pagliaro ha ripreso l'impostazione tedesca. In Germania, si distingue tra due diverse forme di necessità<sup>71</sup>:

- 1) *Rechtfertigender Notstand*: necessità che giustifica;
- 2) *Ent-schuldigender Notstand*: necessità che scusa.

Nel nostro ordinamento, sullo base dello schema tedesco, distinguiamo tra due tipi di necessità:

---

<sup>68</sup> RONCO M., in RONCO M. - ROMANO B., *Codice Penale commentato*, cit., 3.

<sup>69</sup> ROMANO M., *Cause di giustificazione*, cit., 62; ROMANO M., *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in *Riv. It dir. Proc. Pen.*, 1991, 46.

<sup>70</sup> FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 351; più di recente, per una lettura in senso scusante dell'art. 54, VIGANÒ F., *Stato*, cit., 581.

<sup>71</sup> PAGLIARO A., in *DocG*, III, 1992, 305.

- 1) Causa di giustificazione: fondata sulla superiorità del bene tutelato, che deve essere di natura personale<sup>72</sup>.
- 2) Causa soggettiva di esclusione della responsabilità: tutela dal rischio di morte o dal danno grave alla libertà fisica o sessuale dell'attore o di altre persone legate a questo tramite particolari vincoli affettivi; in tale circostanza, il requisito minimo è la equivalenza tra i beni in conflitto<sup>73</sup>.

Tuttavia, passando all'ambito pratico, è importante tenere a mente che ci sono molti esempi, nella giurisprudenza, di sentenze che escludono l'utilizzo di questa causa di non punibilità in via pratica. A tal riguardo si può ricordare, a titolo di esempio, una sentenza del 2011, la cui massima afferma: "non costituisce, ex art. 4 della legge n. 689 del 1981, circostanza scriminante la responsabilità per violazioni dell'art. 142 C.d.S., la necessità del guidatore di raggiungere il feretro della propria madre per poterle rendere l'estremo saluto. In tal senso rilevato, invero, che il disposto di cui al richiamato art. 4 è suscettibile di interpretazione alla luce dei principi di cui agli art. 54 e 59 c.p., nel senso che la situazione di danno grave o di pericolo imminente debba essere effettiva e non altrimenti evitabile, non può rinvenirsi alcuna situazione di danno grave o di pericolo imminente, ovvero la erronea convinzione del soggetto di trovarsi in una di tali condizioni nella descritta circostanza erroneamente dedotta quale scriminante"<sup>74</sup>.

Infine, è importante notare anche che l'importanza dell'articolo 54 del cod. pen. è tale da permettergli di superare il confine dell'ambito strettamente penale, essendo utilizzato anche in ambito amministrativo e disciplinare<sup>75</sup>. Emblematico risulta essere un caso del 2011. Un magistrato si era rifiutato di tenere udienza in un'aula sostenendo che fosse stato violato il suo diritto alla libertà religiosa, di coscienza e di opinione. Successivamente, egli avrebbe

---

<sup>72</sup> art. 16, n. 4 in *DocG*, III, 1992, 305.

<sup>73</sup> art. 17, n. 3, in *DocG*, III, 1992, 305.

<sup>74</sup> Trib. Potenza, 20 maggio 2011, n. 743, in *One Legale*.

<sup>75</sup> RONCO M., in RONCO M. - ROMANO B., *Codice Penale commentato*, cit., 8.

sostenuto che sarebbe stato violato anche il diritto alla libertà religiosa di altri cittadini, essendogli stata messa a disposizione una nuova aula priva di crocifisso. La Corte, nel caso in questione, non ha ritenuto che ricorresse uno stato di necessità tale da giustificare il rifiuto del lavoratore allo svolgimento del proprio lavoro, in risposta a dei pretesi inadempimenti del datore di lavoro, lesivi dei diritti fondamentali<sup>76</sup>.

Già una semplice lettura del testo dell'art. 54 cod. pen. rivela *ictu oculi* la complessità della fattispecie penale che disciplina la causa di giustificazione in discorso. Numerosi sono gli elementi costitutivi che il legislatore ha ritenuto necessari (come già del resto il legislatore del 1889) per il riconoscimento, nei casi concreti, di questa scriminante. La norma, infatti, descrive con precisione da un lato gli elementi che attengono alla situazione di pericolo (attualità, danno grave e non volontaria causazione del pericolo), dall'altro, con altrettanta cura, individua le caratteristiche che rendono legittima l'azione lesiva (costrizione, inevitabilità e proporzionalità). Sarà dunque necessario seguire un percorso caratterizzato dall'esame di ciascuno di questi elementi essenziali che, per la loro importanza, meritano una trattazione distinta in ognuno dei paragrafi che seguono.

### **Par. 3.1. I requisiti della situazione pericolosa: l'attualità del pericolo e le sue fonti**

La situazione di pericolo può avere origine da diverse fonti. La più conosciuta di queste è riconducibile anche alla legittima difesa, e consiste nell'aggressione da parte di un uomo.

Secondo consolidata dottrina, la situazione di necessità, può essere causata da un pericolo generabile da qualsiasi fonte, e così oltre che dall'azione di un

---

<sup>76</sup> Cass. Pen., Sez. Un., 14 marzo 2011, n. 5924, in *One Legale*.

uomo, sia da fatti naturali, come dall'attacco di un animale<sup>77</sup>. La giurisprudenza si è pronunciata sulla questione. Con riguardo, ad esempio, all'ipotesi dell'aggressione da parte di un cane, si è ritenuta scriminata l'azione realizzata dall'agente con la quale si è provocata l'uccisione dell'animale. Difatti, tale esito risulta essere punito dal codice penale all'articolo 544 *bis*, il quale prevede espressamente che "Chiunque, per crudeltà o senza necessità, cagiona la morte di un animale è punito con la reclusione da quattro mesi a due anni."<sup>78</sup> Tuttavia, il soggetto viene scriminato in quanto, in tale circostanza, risulta integrato lo stato di necessità<sup>79</sup>.

In ogni caso, a prescindere dalla fonte, la sussistenza della situazione di pericolo deve essere attentamente verificata dal giudice, in quanto si tratta di un requisito oggettivo della fattispecie in esame. L'accertamento viene fatto tornando indietro al momento del fatto e prendendo in considerazione tutte le circostanze che erano effettivamente presenti, incluse quelle che erano non conosciute dal soggetto<sup>80</sup>. A questo riguardo, è importante però tenere in considerazione l'articolo 59 del cod. pen., comma 4, secondo cui l'errore sulla esistenza della situazione di pericolo esclude la punibilità a titolo di dolo, ma non scrimina dalla responsabilità a titolo di colpa nel caso in cui sia prevista dalla legge la punibilità di quel delitto e tale titolo<sup>81</sup>.

Nel caso, invece, in cui la situazione di pericolo derivi da un fatto causato dall'uomo, sarà possibile ravvisare lo stato di necessità solo se la reazione dell'agente offenda il bene giuridico di un terzo estraneo e non colpisca l'autore del pericolo<sup>82</sup>. A tal riguardo, però, è stato esattamente precisato che l'eventuale reazione contro un soggetto terzo estraneo verrà completamente

---

<sup>77</sup> GROSSO C.F., *Necessità (dir. pen.)*, cit., 886.

<sup>78</sup> Art. 544-*bis* Cod. Pen.

<sup>79</sup> Cass. Pen., Sez. III, 29 ottobre 2015, n. 50329, in *One Legale*.

<sup>80</sup> RONCO M., in RONCO M.- ROMANO B., *Codice Penale commentato*, cit., 9.

<sup>81</sup> VIGANÒ F., in *Codice Penale Commentato* di DOLCINI E.- MARINUCCI G., *sub art. 54*, 886; per la tesi radicalmente soggettiva, invece, che vorrebbe dare rilievo esclusivamente alle circostanze conosciute dall'agente, DE FRANCESCO G.V., *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978, 192.

<sup>82</sup> ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 535.

scriminata solo se l'agredito non abbia avuto modo di difendersi in modo efficace con un' azione rivolta verso l'assalitore<sup>83</sup>. Diversamente, infatti, se l'azione fosse rivolta non verso un terzo, ma verso l'autore del pericolo, si ricadrebbe nell'ambito della legittima difesa<sup>84</sup>.

Le tre ipotesi prese in considerazione (fatto naturale, animale, umano) possiedono tutte una fonte non qualificata della situazione di necessità, che va distinta dalla circostanza prevista dal terzo comma dell'art. 54 del codice penale<sup>85</sup>, nelle quali la situazione di necessità è causata dalla minaccia di un altrui soggetto. In tale caso, infatti, sarà quest'ultimo che si sostituirà all'agredito nel rendere conto del reato da lui compiuto<sup>86</sup>.

Per quanto riguarda il requisito dell' "attualità" del pericolo, risulta consolidata sia in dottrina, che nella giurisprudenza, la necessità che la condotta lesiva sia adottata dall'agente per evitare un pericolo che risulta essere presente nel momento in cui il soggetto agisce; ciò implica che il danno che potrebbe derivare debba essere "imminente"<sup>87</sup>. Il Codice Zanardelli in proposito parlava di pericolo "imminente"; fu il Codice Rocco, usando l'aggettivo "attuale", a spostare ad un momento antecedente il punto di inizio da cui la situazione viene considerata scriminata. Con "attuale", infatti, deve intendersi "incombente" e "probabile"<sup>88</sup>. In dottrina sono due le posizioni che si scontrano sul significato interpretativo da dare al termine "attuale". Da una parte, c'è una presa di posizione più letterale che, aderendo al testo della norma, prevede come attuale un pericolo solo quando il verificarsi del danno appare imminente<sup>89</sup>. Dall'altro lato, si sostiene un' interpretazione meno rigorosa della norma, secondo la quale non è necessario che il pericolo sia imminente, ma è

---

<sup>83</sup> GROSSO C. F., *Necessità (dir. pen.)*, cit., 886.

<sup>84</sup> GIANESINI R., in RONCO M. (diretto da), *Commentario sistematico al codice penale*, II, Bologna, 2011, 782.

<sup>85</sup> MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit., 677.

<sup>86</sup> Art. 54, comma 3, Cod. Pen..

<sup>87</sup> MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit., 678.

<sup>88</sup> ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2000, 299.

<sup>89</sup> DOLCINI E.- MARINUCCI G., *Codice Penale Commentato*, cit., 288.

sufficiente che il soggetto agente si sia trovato in una situazione che, se dovesse svilupparsi, porterebbe al danno. Interpretando la nozione di attualità in siffatta maniera, si andrebbe ad identificare il pericolo attuale come presente e lo si collocherebbe in una posizione intermedia tra l'imminenza del danno e la semplice previsione futura di un pericolo da cui potrebbe derivare una lesione<sup>90</sup>. A titolo di esempio, si può ricordare il caso di un uscito di casa senza il porto d'armi, armato di fucile, per inseguire un cane idrofobo. Non rileva il fatto che l'animale si sia avvicinato ai bovini della casa, dandosi poi alla fuga. L'animale, essendo affetto da idrofobia, avrebbe, infatti, potuto assalire gli animali, o peggio, la persona, in qualunque momento. Essendo questo lo stato dell'animale, ne deriva l'attualità del pericolo. In questo contesto, infatti, l'"attualità" va intesa non in senso di assoluta certezza e immediatezza del danno, ma nel senso che da tale situazione possa derivare una causa prossima di danno<sup>91</sup>. L'interpretazione che risulta essere più convincente è la seconda, quella meno rigorosa del termine letterale, e ciò sembra confermato da un'analisi del profilo storico. Infatti, come abbiamo precedentemente ricordato, il Codice Rocco ha voluto abbandonare il requisito dell' "imminenza" del pericolo previsto dal precedente Codice Zanardelli. Inoltre, vi è da aggiungere che, in base all'analisi sopra fatta, dal punto di vista della *ratio* della disposizione non vi sarebbero ragioni per attribuire una limitazione alla portata del termine<sup>92</sup>.

La condotta, invece, potrebbe risultare punibile qualora venisse messa in atto a pericolo passato poiché in tal caso la stessa necessità che indurrebbe il soggetto ad agire in propria difesa sarebbe venuta meno<sup>93</sup>. Anche la giurisprudenza, come si può vedere in una recente sentenza del 2022, concordemente riconosce che la reazione, per essere legittima, deve avere come fine la rimozione della

---

<sup>90</sup> RONCO M.- ROMANO B. (a cura di), *Codice penale ipertestuale*, Torino, 2012, sub art. 54, 433.

<sup>91</sup> Cass. Pen., Sez. III, 5 febbraio 1962, *Paradisi*, in *One Legale*.

<sup>92</sup> RONCO M., in RONCO M.- ROMANO B., *Codice Penale commentato*, cit., 10.

<sup>93</sup> COCCO G.- AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit. 172.

causa del pericolo. In tale circostanza, infatti, il T.A.R. aveva affermato che “ ai fini dell’esercizio del potere di ordinanza sindacale contingibile e urgente ex art. 54<sup>o</sup> del D.lgs. n. 267 del 2000, quello che rileva è l’attualità della situazione del pericolo al momento dell’adozione del provvedimento sindacale e l’idoneità del provvedimento a porvi rimedio, mentre è irrilevante che la fonte del pericolo risalga nel tempo”.<sup>94</sup>

Tuttavia, sebbene quello del danno “imminente” sia un orientamento già consolidato, in altre occasioni, nell’ambito della giurisprudenza di legittimità, si è affermato che per “attualità” si debba intendere un pericolo “incombente”<sup>95</sup>. Il risultato di tale orientamento porta ad una conclusione inevitabile: l’esclusione dello stato di necessità in relazione ad un pericolo futuro e temuto<sup>96</sup>. La ragione a sostegno di tale scelta appare ovvia: poiché si tratta di un pericolo futuro, la persona che dovesse essere minacciata da esso si trova di fronte alla possibilità di reagire in diversi modi, inclusa la possibilità di allontanarsi dalla futura minaccia e chiedere aiuto alle Autorità<sup>97</sup>. Sotto questo punto di vista, ambigui possono risultare soprattutto due tipi di reato: i reati abituali e i reati permanenti.

Si rammenti che il reato abituale è un particolare tipo di reato di creazione dottrinale, in quanto privo di disciplina espressa. Viene considerato come tale il reato per l’esistenza del quale la legge richiede, nella descrizione della fattispecie astratta, la reiterazione a intervalli di più condotte identiche ed omogenee<sup>98</sup>. Il reato abituale può essere proprio e in tal caso consiste nella ripetizione di una serie di azioni che, se considerate singolarmente, non costituirebbero reato. Il reato abituale può essere anche improprio,

---

<sup>94</sup> T.A.R. Campania Napoli, Sez. V, 13 settembre 2022, n. 5695 in *One Legale*.

<sup>95</sup> Cass. Pen., Sez. I, 10 ottobre 1978, n. 379, in *One Legale*.

<sup>96</sup> Cass. Pen., Sez. II, 3 ottobre 1978, *Pappalardo*, in *One Legale*.

<sup>97</sup> COCCO G.- AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit. 172.

<sup>98</sup> COCCO G.- AMBROSETTI E.M., *Punibilità e pene*, cit., 354.

intendendosi come tale la reiterazione di condotte che, anche se considerate individualmente, costituiscono un reato<sup>99</sup>.

A prescindere dalla natura del reato abituale, sia esso proprio o improprio, la reazione compiuta dal soggetto agente durante l'intervallo temporale esistente tra una condotta illecita e un'altra non può essere considerata scriminata. Pertanto viene considerata come non punibile solamente la reazione che avviene nel momento attuale di una nuova condotta illecita<sup>100</sup>. Emblematica in proposito appare una sentenza della Cassazione del 2010, che aveva trattato un caso di parricidio svoltosi all'interno dell'ambito familiare. Il figlio avrebbe, infatti, ucciso il padre a causa dei reiterati comportamenti violenti tenuti nei confronti dello stesso figlio, della madre e del fratello. In tale circostanza, la Corte di Cassazione si è espressa affermando che “rimane estranea all'area di applicazione della scriminante ogni ipotesi di difesa preventiva o anticipata”<sup>101</sup>. Dall'interpretazione rigorosa seguita dalla giurisprudenza della Corte Suprema ricaviamo la conclusione che l'imminenza del danno comporta una vicinanza temporale ravvicinata tra la situazione pericolosa e l'incombente del danno<sup>102</sup>. In effetti, l'azione anticipata aveva comportato numerosi problemi per numerosi giudici di merito che si sono trovati a dover affrontare molti casi limite: ebbene, siccome un'applicazione rigida e oggettiva degli elementi costitutivi della scriminante si era rivelata difficoltosa, si tentò di interpretare in modo più elastico la norma<sup>103</sup>. Per evitare la rigida applicazione dei requisiti della scriminante si decise di non optare per l'interpretazione strettamente cronologica del termine “attualità”, riconoscendo in tal modo la condotta come necessitata anche in via preventiva, al fine di evitare l'incremento della potenzialità offensiva della situazione pericolosa<sup>104</sup>.

---

<sup>99</sup> COCCO G.- AMBROSETTI E.M., *Punibilità e pene*, cit., 354.

<sup>100</sup> COCCO G.- AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit. 172.

<sup>101</sup> Cass. Pen., Sez. I, 18 febbraio 2010, n. 6591, in *One Legale*.

<sup>102</sup> MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit., 678.

<sup>103</sup> Corte d'Appello, 28 novembre 1987, *Muccioli*, in *One Legale*.

<sup>104</sup> MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit., 678.

Diversamente avviene, invece, per il reato permanente che, in forza del carattere perdurante della condotta illecita tenuta, permette di considerare come sempre attuale il pericolo. Tant'è vero che la Corte di Cassazione ha avuto occasione di affermare che “i reati consumati di rapina, estorsione e sequestro di persona a scopo di estorsione sono esclusi dall'area di applicabilità della previsione dell'art. 649° c.p., pur se realizzati senza violenza alle persone, bensì con la sola minaccia”<sup>105</sup>. In tal modo la Corte Suprema ha aperto la strada che conduce a riconoscere la legittimità della reazione eventualmente compiuta in quelle situazioni dal minacciato.

Ancora, il pericolo attuale sussiste anche in altri casi, diversi dai reati permanenti, che comportano un pericolo perdurante. Sono dei casi particolari in cui non è ancora avvenuto il completo passaggio dalla situazione di pericolo a quella del danno effettivo<sup>106</sup>.

Sotto un differente profilo, è importante considerare il valore dell' eventuale sussistenza del pericolo in relazione ad un fenomeno che oggi si manifesta sempre più spesso. Avviene non di raro che dei soggetti non abbienti invocino lo stato di necessità per giustificare l'occupazione abusiva di un immobile, solitamente abbandonato, col fine di risolvere le proprie esigenze abitative. La ragione dell'inidoneità di tale situazione a giustificare l'occupazione abusiva risiede proprio nell'elemento dell' attualità. La permanenza con cui si andrebbe a occupare l'immobile, in effetti, non si concilierebbe con la scriminante in esame. Infatti, lo stato di necessità richiede che, nel momento in cui l'agente agisca *contra ius* al fine di evitare un danno grave alla persona, il pericolo sia imminente e, quindi, individuato e circoscritto nel tempo e nello spazio<sup>107</sup>. Nella circostanza opposta, nella quale cioè non dovesse esserci un'occupazione permanente ma, al contrario, una condotta temporanea, lo stato di necessità

---

<sup>105</sup> Cass. Pen., Sez. II, 22 ottobre 2021, n. 44916, in *One Legale*.

<sup>106</sup> FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto Penale, parte generale*, cit., 296.

<sup>107</sup> Cass. Pen., Sez. II, 25 settembre 2014, n. 43078, in *One Legale*.

potrebbe essere utilmente invocato. Infatti, in un' interessante sentenza del tribunale di Perugia emessa alcuni anni fa, uno straniero che, in seguito ad una lite con un connazionale con il quale abitava, aveva trovato rifugio in un container, durante una fredda notte, si è visto riconoscere l'applicazione della scriminante in esame<sup>108</sup>.

In conclusione, allora, occorre non dimenticare che il concetto di attualità, proprio per la grande versatilità interpretativa che questo termine concede, non va mai inteso in senso assoluto come se fosse necessaria la contemporaneità tra la reazione necessitata e il pericolo. Pertanto, se è vero che il pericolo attuale è solo quello reale ed effettivo e non quello meramente eventuale e potenziale<sup>109</sup>, per la stessa ragione l'attualità non può essere intesa come assoluta immediatezza del danno, ma come un pericolo che minaccia concretamente una lesione successiva<sup>110</sup>.

### **Par. 3.2. I requisiti della situazione pericolosa: Il danno grave**

Il danno grave alla persona è un ulteriore requisito della situazione di pericolo che legittima l'azione necessitata. Pertanto, l'articolo 54 del cod. pen. stabilisce che non è possibile punire un soggetto che ha commesso un fatto perché costretto dal bisogno di salvare un altro o sé stesso dal pericolo attuale di un "danno grave alla persona"<sup>111</sup>.

La norma appena richiamata impiega un'espressione molto più restrittiva rispetto a quella utilizzata nell'articolo 52 del cod. pen.. Infatti, per la legittima difesa il codice penale prevede che non può essere punito colui che ha compiuto un fatto costretto dal bisogno di difendere, dal pericolo attuale di un' ingiusta

---

<sup>108</sup> Trib. Perugia, 13 gennaio 2017, n. 62, in *One Legale*.

<sup>109</sup> Cass. Pen., Sez. VI, 24 maggio 2004, n. 39529 in *One Legale*.

<sup>110</sup> Cass. Pen., Sez. III, 5 febbraio 1962, *Paradisi*, in *One Legale*.

<sup>111</sup> Art. 54 Cod. Pen..

offesa, “un diritto proprio od altrui”<sup>112</sup>. Sebbene le due locuzioni scritte rispettivamente negli articoli 54 e 52 del cod. pen. si assomiglino, in realtà sono assai diverse perché l’ambito di applicazione della legittima difesa è più ampio, in quanto la lettera della norma fa riferimento a qualsiasi diritto ed interesse<sup>113</sup>. D’altra parte, nella scriminante prevista dall’articolo 52 le conseguenze dell’azione lesiva si ripercuotono sull’aggressore, mentre nello stato di necessità il danno lo subisce un soggetto terzo estraneo e privo di colpa. A tal riguardo, è necessario precisare che il soggetto terzo non può essere definito come “terzo innocente” perché l’articolo 54 non definisce l’aggressore come “colpevole”<sup>114</sup>. Quindi, tale persona è definibile come “soggetto non aggressore” ed in quanto tale i suoi beni vanno risparmiati da sacrifici che non siano assolutamente necessari. In forza di ciò si spiega perché lo stato di necessità ha un ambito applicativo più limitato<sup>115</sup>: la formula “danno grave alla persona” costituisce infatti un limite esplicito, voluto dal legislatore, al catalogo di beni passibili di tutela tramite condotte necessitate.

Invero, l’espressione “danno grave” ha dato adito a non poche controversie interpretative in dottrina. Di questa storica disputa risulta semplice comprendere la causa intrinseca, se solo si consideri che il limite indicato con quella espressione non può essere compreso appieno utilizzando come unica prospettiva la natura di questa scriminante, fondata sul principio di bilanciamento degli interessi. Ciò è dovuto al fatto che non è per nulla agevole distinguere tra i diversi tipi di interessi in gioco. Pertanto, non è un caso il fatto che sia l’articolo 52 del cod. pen. italiano, sia il paragrafo 34 del StGB tedesco, seguendo entrambi la logica oggettiva del bilanciamento degli interessi, siano privi di questa formula normativa<sup>116</sup>. A causa di questa non indifferente

---

<sup>112</sup> Art. 52 Cod. Pen..

<sup>113</sup> ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 534.

<sup>114</sup> ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 534.

<sup>115</sup> COCCO G.- AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 195.

<sup>116</sup> MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit., 680.

limitazione nella struttura di questa causa di giustificazione, pertanto, lo stato di necessità può solo consentire che un interesse debba soccombere a danno dell'altro quando questo sia di valore eguale o maggiore, a prescindere dalle caratteristiche del tipo degli interessi in conflitto<sup>117</sup>.

Affinché la condotta adottata risulti essere legittima, è necessario che il danno sia grave. La gravità della lesione può essere determinata secondo un duplice criterio. Il primo criterio è il rango del bene minacciato: a seconda del valore del bene posto in pericolo, l'azione può essere più o meno legittima. Il secondo criterio, invece, prende in considerazione il pericolo che incombe sul bene<sup>118</sup>. Pertanto, non ogni danno all'integrità fisica può essere considerato come grave, ma solo il danno che comporta una lesione particolarmente rilevante<sup>119</sup>. In definitiva, per valutare il danno non si guarda la probabilità della lesione, ma l'intensità intrinseca dell'offesa. Come è logico, la gravità del danno sussiste quando il bene è qualitativamente alto di valore. Quindi il secondo criterio che, per semplicità, possiamo definire come quantitativo del grado del danno, viene considerato quando ci si trova di fronte a beni che possono subire delle lesioni differenziate. Diversamente, però, se un bene di alto rango rischia di subire un danno temporaneo o riparabile e non vi è un sacrificio eccessivamente gravoso, il giudice dovrà valutare in concreto se sussiste il requisito del danno grave alla persona<sup>120</sup>.

La Relazione al Codice Rocco, ricalcando quanto dettato dall'articolo 49, n.3 del Codice Zanardelli per quanto concerne il danno grave alla persona, sembrerebbe ritenere che lo stato di necessità riguardi la sola difesa del sommo bene dell'integrità fisica escludendo l'applicabilità della scriminante in esame per gli altri beni. Tuttavia, dalla seconda metà degli anni '70 si è avuto un rovesciamento di prospettiva e la dottrina prevalente ha scelto di optare per

---

<sup>117</sup> In questi termini, MOLARI A., *Profili*, cit., 89-90.

<sup>118</sup> COCCO G.- AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 195.

<sup>119</sup> FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto Penale, parte generale*, cit., 321.

<sup>120</sup> Sul punto MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 269.

una visione alternativa all'interpretazione fondata sulla Relazione al Codice Rocco<sup>121</sup>. Si è infatti preferita una visione più estensiva del concetto, capace di includere, accanto all'integrità fisica, anche i beni fondamentali della persona tra i quali, per esempio, l'inviolabilità sessuale<sup>122</sup>. Solo così sono potuti entrare nel nostro sistema non solo il diritto alla salute (previsto dall'art. 32 della Costituzione), ma anche il diritto al lavoro, all'abitazione e quello ad una vita dignitosa sulla base del principio solidaristico previsto dall'art. 2 della Costituzione<sup>123</sup>. In conclusione, non vi è mai stata una vera ragione per non ricomprendere all'interno dell'espressione codicistica anche un danno ad altri beni, purché la lesione risulti grave, e quindi di particolare intensità, secondo dei criteri oggettivi<sup>124</sup>. Inoltre, deve essere sempre realizzata un'ulteriore condizione: l'esimente deve rimanere ancorata a tutti i requisiti previsti dal codice e dunque espressamente voluti dal legislatore<sup>125</sup>. Ciò premesso, occorre riconoscere che non tutti gli autori sono concordi con l'opinione comune: invero alcuni studiosi reputano che qualsiasi diritto di natura personale possa venire in rilievo<sup>126</sup>. Ancora, altri autori pensano che la salvaguardia di ulteriori specifici beni, quale ad esempio l'onore, possa far rientrare l'azione realizzata nel concetto di condotta necessitata<sup>127</sup>. Infine, l'articolo 54 non comprende tra gli interessi tutelati dalla norma né i beni patrimoniali né quelli istituzionali, intendendosi per beni istituzionali quelli che fanno capo allo Stato o agli altri enti pubblici<sup>128</sup>. Per vero, sarebbe assurdo se si potesse utilizzare come esimente lo stato di necessità per giustificare le attività degli organi pubblici nel caso in cui i loro titolari abbiano deviato dal retto esercizio dei poteri ad essi

---

<sup>121</sup> RONCO M., in RONCO M.- ROMANO B., *Codice Penale commentato*, cit., 11.

<sup>122</sup> ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 308.

<sup>123</sup> RONCO M., in RONCO M.- ROMANO B., *Codice Penale commentato*, cit., 11.

<sup>124</sup> ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 534.

<sup>125</sup> RONCO M., in RONCO M.- ROMANO B., *Codice Penale commentato*, cit., 11.

<sup>126</sup> Cfr. FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 320.

<sup>127</sup> GROSSO C.F., voce *Necessità (dir. pen.)*, cit., 886.

<sup>128</sup> DOLCINI E.- MARINUCCI G., *Codice Penale Commentato*, cit., 289.

attribuiti in via formale. In definitiva, se si adottasse questo tipo di lettura, si permetterebbe a tali organi di agire senza rispettare il principio di legalità<sup>129</sup>.

Nonostante i passati tentativi, la dottrina non è riuscita ad armonizzare, attraverso un'interpretazione estensiva del concetto, la presenza della formula "danno grave alla persona" con una *ratio* sempre oggettiva della scriminante. Questo tentativo di estensione appare, sotto un diverso profilo, paradossale se si considera che i compilatori del Codice Rocco avevano introdotto tale locuzione proprio per limitare l'utilizzo dello stato di necessità alla sola lesione del "bene sommo dell'integrità fisica"<sup>130</sup>. Tuttavia, oggi non vi è dubbio sul fatto che all'epoca il legislatore abbia scritto questa norma senza porsi come fine quello di una concordanza con la logica della proporzione pura tra disvalori<sup>131</sup>. È indubbio che circoscrivendo il giudizio di proporzione ai soli casi nei quali dalla situazione concreta deriverebbe un pericolo di "danno grave alla persona" si finisce per circoscrivere il settore dei beni "bilanciabili" ad un'area che normalmente è vietata da qualsiasi legge di bilanciamento: così soprattutto nel caso del bene della vita. Al contrario, l'interpretazione estensiva della locuzione, oltre che da ragioni equitative, si può giustificare anche in forza di una tendenza alla riconduzione dell'esimente sul piano oggettivo tipico dell'operazione di bilanciamento degli interessi, nozione che ha bisogno di essere allargata al fine di ricomprendere al proprio interno una quantità maggiore di beni<sup>132</sup>.

A tal riguardo, dell'espressione "danno grave alla persona" si potrebbe offrire un'interpretazione più strettamente tecnica. Tale risultato si potrebbe ottenere raccordando quella formula con i titoli della parte speciale del codice penale. Il legislatore, per esempio, avrebbe potuto riferirsi solo al Titolo dei "delitti contro

---

<sup>129</sup> Sul punto FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 323.

<sup>130</sup> *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, t. I, *Relazione sul Libro I del Progetto*, Roma, 1929, 97.

<sup>131</sup> Si rimanda a NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972, 164.

<sup>132</sup> MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit., 680.

la persona”. La conseguenza logica e necessaria di una tale scelta sarebbe che non rientrerebbero nell’ambito di applicazione dello stato di necessità i delitti contro il patrimonio<sup>133</sup>. Inoltre, un altro aspetto non indifferente, che deve senz’altro essere considerato, si collega al termine “gravità”. Mediante un’interpretazione letterale più che sistematica della locuzione normativa, il termine “gravità” verrà riferito al danno e non al pericolo<sup>134</sup>; diversamente, il legislatore avrebbe parlato di pericolo grave di un danno alla persona nel testo della norma, come si legge nell’articolo 49 del Codice Zanardelli che prevedeva: “Non è punibile colui che ha commesso il fatto: [...] per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri da un pericolo grave e imminente alla persona”<sup>135</sup>. In conclusione, se si optasse per questa interpretazione strettamente formalistica, ne deriverebbe un ulteriore restringimento dell’ambito applicativo della scriminante prevista dall’art. 54 cod. pen., limitando il suo utilizzo solo ad alcuni beni che fanno riferimento alla persona. In alternativa, si potrebbe scegliere di considerare il riferimento alla gravità solo come un elemento pleonastico, ma, in mancanza di tale opzione interpretativa, questo dato normativo porterebbe inevitabilmente a riconoscere la scriminante nei soli fatti offensivi di interessi personalissimi (che coincidono con quelli gravi per la persona), così restringendo i beni più meritevoli di tutela, ai soli beni della incolumità personale e della vita<sup>136</sup>. Questa restrizione, che viene naturalmente fondata su tale interpretazione, attraverso una valorizzazione del dato della “gravità”, potrebbe trovare conforto anche attraverso la valorizzazione di altre due considerazioni.

- I. Il primo argomento a sostegno dell’interpretazione restrittiva è di tipo equitativo. Infatti, il risultato a cui si arriva si concilierebbe assai bene con lo scopo dell’articolo: in fondo si sta parlando di una norma di natura

---

<sup>133</sup> Tale è l’opinione di CONTIERI E., *Lo stato di necessità*, Milano, 1939, 42 ss..

<sup>134</sup> MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit., 680.

<sup>135</sup> Art. 49, comma 3, Codice Zanardelli.

<sup>136</sup> Sul punto vedesi NUVOLONE P., *Il sistema*, cit., 212.

permissiva a struttura fortemente vincolata. Questa impostazione si adatta molto bene con il fine ultimo di limitare la sfera di applicabilità della scriminante.

- II. Il secondo argomento a sostegno della interpretazione restrittiva è di carattere storico ed è collegato alla *voluntas* del legislatore. Questa, come è già stato precedentemente osservato, è stata chiaramente manifestata nella Relazione che accompagna il Codice Rocco del 1930 e fa riferimento solamente alla “integrità fisica”.

Tuttavia, come si è già detto in precedenza, nulla impedisce di poter ricorrere allo stato di necessità nel caso in cui ci si trovi di fronte ad aggressioni di particolare intensità che mettono in pericolo altri beni. Tra questi rientrerebbero, per esempio, l'onore, la riservatezza e il pudore che sarebbero classificabili come “beni fondamentali della persona”<sup>137</sup>.

Di particolare interesse appare poi l'impatto che deve avere su questo problema l'ampio spettro dei valori costituzionali accolti nel nostro ordinamento giuridico. Tali valori allargherebbero ancora di più le considerazioni fin qui svolte, introducendo una nuova interpretazione della locuzione in esame, che amplirebbe il concetto di “beni fondamentali della persona”<sup>138</sup>. Da una tale lettura deriverebbe infatti la conseguenza che, all'interno di tale categoria, vadano ricompresi tutti quei beni che si collegano ad ogni persona, quale massima espressione dei benefici che si raccordano alla piena esplicazione della personalità umana. In conclusione, appare del tutto corretto ritenere che rientrino, nell'ambito di applicabilità dell'articolo 54, anche i bisogni economici e gli stati di indigenza che incidono in modo particolare sul normale sviluppo della personalità umana<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 535.

<sup>138</sup> Per un approfondimento sul punto si rinvia a ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 281; ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 535; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale parte gen.*, Milano, 1996, 447.

<sup>139</sup> MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit., 680.

In modo via via più crescente, la giurisprudenza di merito ha saputo applicare la scriminante in esame nei casi di bisogno economico. Ciò perché dalla metà degli anni '70, assieme al cambio di prospettiva sul danno grave alla persona, non era inusuale una tendenza essenzialmente eversiva della legalità, in favore di diverse interpretazioni del contesto sociale che risultano essere, in ultima analisi, sociologicamente affrettate e in conflitto con il principio, previsto dalla Costituzione all'art. 101, comma 2, secondo il quale il giudice è soggetto soltanto alla legge. A tale riguardo, frequente è stata la disapplicazione, fino ad arrivare ad un'abrogazione per via giurisprudenziale, del reato previsto all'articolo 633 del cod. pen. (invasione di terreni o edifici). Molte sentenze, infatti, hanno volutamente ignorato i principi di diritto riguardanti lo stato di necessità col fine di "legittimare" l'occupazione di case come esito di una lotta sociale<sup>140</sup>. Si ricorda a tal proposito una nota sentenza emessa a Cagliari nel 1995. Nel caso in questione, un uomo era stato costretto a rubare dei materiali col fine di costruire una baracca per permettere a sé e alla propria famiglia di sopravvivere. Costui era stato accusato del delitto di ricettazione, reato punito dall'art. 648 del cod. pen.. In tale circostanza, il giudice si è espresso in favore dell'imputato, riconoscendo in tale situazione la sussistenza degli elementi necessari per applicare la scriminante dello stato di necessità. Il giudice, nella sentenza affermava infatti che "il bisogno di migliorare la disumana condizione abitativa cui è costretto il proprio nucleo familiare integra gli estremi dello stato di necessità di cui all'art. 54 cod. pen. e non è dunque punibile per il reato di ricettazione chi, per l'edificazione di una baracca a tale scopo destinata, utilizza materiale di provenienza furtiva"<sup>141</sup>. Del resto, il problema fin qui discusso non è solo proprio del nostro diritto penale ma è anche un problema conosciuto a livello internazionale. A tal riguardo, va ricordata la posizione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che nel caso

---

<sup>140</sup> RONCO M., in RONCO M.- ROMANO B., *Codice Penale commentato*, 11.

<sup>141</sup> Pretura di Cagliari, 10 gennaio 1994, *Selimovic*, in *One Legale*.

Ivanova e Cherkezov contro Bulgaria del 26 Aprile 2016 ha dovuto decidere una fattispecie in cui la magistratura bulgara aveva ordinato la demolizione di un immobile costruito senza alcuna autorizzazione<sup>142</sup>.

E necessario un chiarimento: la giurisprudenza interna del nostro ordinamento ha stabilito che, per i beni morali e materiali, che costituiscono il nucleo principale dell'essere umano (e dunque la vita, l'integrità fisica, il valore, ecc.), si richiede, come presupposto, il pericolo di un danno grave alla persona. Però, la giurisprudenza non considera rientranti in questa categoria i beni che, sebbene rilevanti da un punto di vista costituzionale, contribuiscono al completamento e allo sviluppo dell'essere umano. A tal riguardo, va detto infatti che il diritto al lavoro (che oggigiorno sempre più spesso viene elevato a "bene fondamentale della persona"), non rientra tra le ipotesi di applicabilità dell'art. 54 cod. pen.. Prendendo un esempio concreto, si può ricordare un caso del 2014, ove un'impresa, che versava in una crisi di liquidità non era riuscita a versare la quota dell'Iva, cadendo nel reato di omesso versamento dell'Iva, previsto dall'art. 10<sup>ter</sup>, d.lgs. n. 74/2000. L'impresa era rimasta vittima di una truffa per somme ragguardevoli, non incassate per prestazioni erogate regolarmente. La Corte di Cassazione in tale circostanza si è espressa affermando che quelle vicende straordinarie non costituiscono un ostacolo insormontabile tale da impedire il versamento dell'Iva, nel caso in cui questa andasse versata alcuni anni dopo l'accadimento dei fatti. Infatti, l'impresa, dopo la truffa, aveva continuato ad operare, anche con l'utilizzo di un credito bancario, e aveva pagato dipendenti e fornitori al posto dell'Iva. Pertanto, l'impresa volontariamente aveva preferito non pagare tale imposta e i fatti relativi alla truffa subita negli anni precedenti non potevano essere usati come mezzo per giustificare l'inosservanza delle obbligazioni tributarie, che dunque mantenevano la loro piena valenza penale<sup>143</sup>.

---

<sup>142</sup> C. edu, 26 aprile 2016, *Ivanova e Cherkezov vs Bulgaria*, in *De Jure*.

<sup>143</sup> Cass. Pen., Sez. III, 11 novembre 2014, n. 1725, in *One Legale*.

In conclusione, la giurisprudenza di legittimità ha cercato di mediare il principio di legalità con la tutela dei diritti fondamentali della persona, ammettendo l'utilizzo dell'articolo 54 in tutte quelle circostanze in cui i bisogni primari dell'individuo si trovano in pericolo, compreso il bisogno di avere un luogo dove dormire ed alloggiare. Tuttavia, pur nell'affermare tali principi, la giurisprudenza è stata molto cauta perché ha anche inteso chiarire che l'interpretazione estensiva della locuzione "danno grave alla persona" richiede come presupposto che l'esimente venga applicata solo in quei casi in cui è indubbio che siano presenti tutti gli altri elementi costitutivi della scriminante, e in modo particolare l'inevitabilità e la necessità. Inoltre, in tale considerazione non vanno escluse le varie esigenze dei beni dei terzi che non possono venire compressi, salvo che per ragioni comprovate ed in circostanze eccezionali<sup>144</sup>.

### **Par. 3.3. I requisiti della situazione pericolosa: la non volontaria causazione del pericolo**

L'ultimo requisito richiesto per la situazione pericolosa è rappresentato dalla non volontaria causazione del pericolo.

In effetti, nel codice penale vigente, all'articolo 54, si discorre di "pericolo da lui non volontariamente causato"<sup>145</sup>. Questa formula era stata voluta dal legislatore con un fine ben preciso: l'inciso infatti funge da limite alla ricorribilità della scriminante. Tuttavia, è bene precisare, esso non è il solo presupposto, perché insieme agli altri elementi previsti dalla norma concorre a limitare l'uso di questa causa di non punibilità mettendo in evidenza il carattere, contemporaneamente, complesso ed eterogeneo dello stato di

---

<sup>144</sup> RONCO M., in RONCO M.- ROMANO B., *Codice Penale commentato*, cit., 12.

<sup>145</sup> Art. 54 Cod. Pen.

necessità<sup>146</sup>. Dunque il sacrificio del bene appartenente ad un soggetto terzo risulta scriminato solo se la situazione pericolosa è accaduta senza un contributo causale colpevole dell'agente che ha cagionato il danno al terzo estraneo. La parola "volontariamente" impiegata dalla norma deve essere interpretata attribuendole un duplice significato sotto l'aspetto soggettivo: vale a dire come se dicesse "con dolo o con colpa"<sup>147</sup>. Infatti, la dottrina ha ben specificato che la clausola negativa espressa mediante la formula "non volontariamente" vale ad escludere l'azione realizzata in modo colposo e non solo per quella posta in essere in modo doloso<sup>148</sup>.

Nel valutare la formula "pericolo non volontariamente causato", si è affermato che l'accertamento del requisito della volontarietà deve fare riferimento non alle eventuali circostanze che precedono la situazione di pericolo e che si pongono come semplici antecedenti di questa, ma solo ed esclusivamente al momento pericoloso cui direttamente e in via immediata si ricollega il danno<sup>149</sup>. La dottrina è concorde nell'affermare che la volontà non può essere limitata alla sola causa diretta del pericolo, dovendo coprire anche l'evento pericoloso stesso<sup>150</sup>. E però necessario, a questo proposito, fare una precisazione: la causa diretta da cui ha origine la situazione di pericolo deve essere tenuta distinta dalle altre eventuali circostanze meramente antecedenti alla minaccia. Dolo e

---

<sup>146</sup> Si tenga in considerazione che il presupposto della non volontaria causazione del pericolo non ricorre nella legittima difesa. A tal riguardo si rimanda a GROSSO C.F., *Il requisito della produzione*, cit., 87. Sul punto cfr. anche CONTENTO G., *Liceità apparente e responsabilità penale nella difesa legittima e nello stato di necessità*, I, Roma, 1956, 311ss..

<sup>147</sup> ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 536.

<sup>148</sup> Cfr. GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, *La fattispecie*, Padova, 1993, 319; sul punto si rimanda anche a GROSSO C.F., *Il requisito della produzione non volontaria del pericolo nello stato di necessità e nella difesa legittima*, II, Milano, 1965, 55 ss..

<sup>149</sup> In tal senso COCCO G.- AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 197.

<sup>150</sup> GROSSO C.F., *Il requisito*, cit., 63. Opinione consolidata in dottrina e ribadita dallo stesso ANTOLISEI F. in *Necessità*, cit., 888. *Contra* FROSALI R. A., *Sistema penale italiano, Diritto penale sostanziale*, II, Torino, 1958, 329 ss.. Per VANNINI O., *Manuale di Diritto penale, parte generale*, Firenze, 1947, 160, secondo cui bisogna distinguere tra volontaria causazione del pericolo grave ed imminente, che costringe l'agente a compiere un fatto necessitato dolosamente, per cui si risponderà di reato doloso, dalla differente situazione di chi si è posto colposamente in stato di necessità (avendo colposamente prodotto il pericolo che risulta la causa mediata dell'effetto lesivo), che dovrà rispondere di reato colposo.

colpa vanno riferiti proprio e soltanto a questa, cioè alla situazione di pericolo che non può, per come è strutturato l'articolo 54, fare riferimento a momenti anteriori. Diversamente, se si dovesse dare rilevanza alle circostanze precedenti, si finirebbe col riferire la colpa alle più variegate condotte di vita<sup>151</sup>. A sostegno di quanto appena detto, si può riportare l'esempio di un soggetto che, dissipato il proprio patrimonio al gioco d'azzardo e rimasto sul lastrico, potrà invocare lo stato di necessità, nel caso in cui sia stato costretto a rubare per acquistare una medicina per salvare il figlio in imminente pericolo di vita<sup>152</sup>: infatti, non è ravvisabile nessuna volontà, attribuibile al padre, che faccia riferimento a tale malattia. Diversamente trattata sarebbe, invece, la situazione nel caso in cui il padre, sperperato tutto il patrimonio, avveleni volontariamente il figlio causando dunque in via diretta la malattia: lo stato di necessità, in questo caso, non potrà essere invocato dal soggetto, qualora egli affermasse di aver rubato col fine di portare la medicina al figlio.

Infine, va sottolineato come la norma del codice collega la causazione volontaria del pericolo solo al soggetto che ha agito in stato di necessità. Questa limitazione appare evidente e la si può ricavare dal testo dell'articolo 54 là dove vi si legge il riferimento al "pericolo *da lui* volontariamente non causato"<sup>153</sup>. Diversamente avviene, invece, per il terzo in favore del quale l'attore ha agito in stato di necessità. Da ciò non possono che derivare due ovvie conseguenze:

- Lo stato di necessità non può essere invocato come esimente dal soggetto che agisce per salvare un terzo da un pericolo che lui stesso (l'attore necessitato) ha volontariamente cagionato<sup>154</sup>. Un esempio di questa evenienza si rinviene in una pronuncia della Corte di Cassazione, nella quale venne esclusa l'applicazione dell'articolo 54 in tema di reato di evasione: infatti, l'imputato aveva tentato di invocare questa

---

<sup>151</sup>ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 536.

<sup>152</sup> Sul punto si rinvia a FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto Penale, parte generale*, cit., 318.

<sup>153</sup> Art. 54 Cod. Pen..

<sup>154</sup> ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 536.

scriminante dopo aver portato al pronto soccorso la convivente perché questa aveva avvertito un malore, ma l'uomo era poi risultato colpevole di aver cagionato egli stesso, mediante percosse, quel malore<sup>155</sup>.

- La scriminante può essere applicata a colui che ha agito col fine di salvare un soggetto terzo autore del pericolo<sup>156</sup>.

Le due conseguenze sopra descritte sono ricavabili in via diretta dalla lettura della norma. Tuttavia, una parte della dottrina non si è accontentata di queste conclusioni, perché, come si è già ricordato, ha elaborato anche una interpretazione estensiva. Se la volontà del legislatore era quella di prevedere una serie di presupposti rigidi per circoscrivere l'utilizzo dello stato di necessità, col fine ultimo di limitarne l'abuso, risulta allora essere pienamente in linea con tale finalità la successiva estensione che si è fatta della lettera della norma, allo scopo di ricomprendere nell'applicazione concreta dello stato di necessità anche la causazione colposa del danno, così da dare un maggior rilievo alla posizione della vittima dell'azione necessitata<sup>157</sup>. Sebbene questa interpretazione estensiva riesca, da un punto di vista teorico, a riportare un equilibrio tra le parti, purtroppo tale risultato non viene raggiunto all'unanimità. La ragione di ciò è da ricercarsi nel conflitto inevitabile che insorge tra le due diverse interpretazioni estensive che sono state proposte nella lettura dell'art. 54. L'istanza equitativa in favore della vittima non si accorda col ragionamento, ricordato in precedenza, che conduce nella direzione opposta. Tale ragionamento, infatti, aveva come fine proprio quello di ampliare l'area applicativa della scriminante attraverso l'interpretazione dell'inciso "pericolo non volontariamente causato" come riferibile al solo evento pericoloso e non anche alla causa stessa di questo<sup>158</sup>.

---

<sup>155</sup> Cass. Pen., Sez. VI, 21 novembre 2014, n. 48430 in *One Legale*.

<sup>156</sup> ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 536.

<sup>157</sup> Per una valutazione di questi aspetti cfr. DEL TUFO V., *Profili critici della vittimo-dammatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, Napoli, 1990, 90 ss..

<sup>158</sup> A tal riguardo si rimanda a MEZZETTI E., *Necessitas non habet legem?*, Roma, 2001, 106 ss..

In dottrina si sono riscontrate non poche controversie anche per quanto attiene all'elemento psicologico. Infatti, ci si è chiesti quale sia, tra dolo e colpa, il parametro soggettivo che debba sorreggere l'agente nel momento in cui ha causato la situazione di pericolo.

Secondo una prima tesi, sostenuta da numerosi studiosi, la volontarietà prevista dall'articolo 54 sussisterebbe nei soli casi in cui il soggetto abbia agito intenzionalmente e cioè con dolo. Ancora, si reputa che per integrare la volontarietà possa risultare sufficiente il dolo eventuale derivante dalla precedente previsione ed accettazione della situazione di pericolo<sup>159</sup>. Questa prima tesi non convince la maggioranza della dottrina, in quanto numerosi autori reputano che la norma, nella sua lettera, non autorizzi a escludere dai casi dell'esimente le situazioni in cui il pericolo sia stato creato colposamente: e ciò perché, per definizione, l'involontarietà della causazione del pericolo o del danno, è una caratteristica intrinseca della colpa<sup>160</sup>. Interessante è il fatto che questa prima lettura dell'inciso "pericolo da lui non volontariamente causato"<sup>161</sup> risulti essere coerente con la visione soggettiva dello stato di necessità, purchè la condotta risulti essere inesigibile a prescindere dalle ragioni che hanno condotto al pericolo. Ciò nondimeno, pur essendo in linea con una lettura soggettiva dello stato di necessità, questa prima tesi non può che essere scartata, in quanto il requisito della non volontaria causazione del pericolo è chiaramente espressione di un bilanciamento oggettivo di interessi. Il risultato che si ottiene da questo bilanciamento è, in questo senso, ovvio: il responsabile del pericolo non può invocare lo stato di necessità per giustificare l'azione che ha comportato una lesione a soggetti terzi incolpevoli<sup>162</sup>.

---

<sup>159</sup>Per una trattazione più approfondita si rinvia a RONCO M.- ROMANO B. (a cura di), *Codice penale ipertestuale*, cit., 435; VIGANO F., *Stato di necessità e conflitto di doveri*, cit., 591.

<sup>160</sup> PAGLIARO A., *Principi di diritto penale, parte generale*, cit., 280; MARINUCCI G.- DOLCINI E., *Manuale di Diritto Penale, parte generale*, Milano, 2015, 289.

<sup>161</sup> Art. 54 Cod. Pen..

<sup>162</sup> COCCO G.- AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 197.

Stando così le cose, risulta prevalente un'altra tesi, da considerarsi ormai come maggioritaria. Questo secondo orientamento si fonda sulla *ratio legis* ed afferma che la scriminante non può essere invocata da chi abbia causato il pericolo sia con dolo, che con colpa. La volontarietà della causazione del pericolo sussiste insomma anche nei casi in cui il pericolo sia stato causato per semplice colpa<sup>163</sup>.

La giurisprudenza, dal canto suo, concorda con la tesi maggioritaria: infatti l'esimente non viene riconosciuta sia nell'ipotesi in cui il pericolo sia stato, causato dolosamente, sia in quella in cui è stato determinato colposamente, perché in entrambe le circostanze la causa del pericolo sarebbe "coscientemente voluta"<sup>164</sup>. Ancora, nella motivazione di una sentenza del 2005, la Suprema Corte affermava: "ai fini della configurabilità dell'esimente dello stato di necessità, il pericolo che ne costituisce il presupposto non deve essere cagionato dal soggetto che compie l'intervento necessitato e, quindi, deve essere indipendente dalla volontà dell'agente, con la conseguenza che questi non deve avere volontariamente o colposamente determinato la situazione pericolosa"<sup>165</sup>. La giurisprudenza, inoltre, si è espressa nei riguardi di un'altra vicenda controversa in dottrina: l'ipotesi cioè in cui sia il soggetto stesso a causare il reato. A tale riguardo, la giurisprudenza non riconosce l'esimente in tutti quei casi in cui l'agente commette un reato, per il quale poi invoca lo stato di necessità, sulla base di una libera scelta. C'è stata tutta una serie di decisioni sull'argomento e, a titolo di esempio, si può riportare la vicenda ricostruita in una sentenza del 2008. In tale circostanza, la Cassazione avrebbe vietato l'utilizzo dello stato di necessità ad un tossicodipendente che aveva commesso dei reati trovandosi in crisi di astinenza. Questa situazione del soggetto, infatti,

---

<sup>163</sup> Si rinvia a FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, cit., 319; ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 572.

<sup>164</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 21 gennaio 1964, *Paradisi*, in *One Legale*.

<sup>165</sup> Cass. Pen., Sez. V, 28 aprile 2005, n. 16012, in *One Legale*.

era la inevitabile conseguenza di un atto di scelta libera e che quindi, come tale, era perfettamente evitabile<sup>166</sup>.

A parte i problemi esegetici precedentemente trattati, la clausola negativa prevista dall'art. 54 comporta una questione di tipo sistematico non indifferente. Infatti, se una norma ritiene di giustificare il fatto necessitato in forza del principio di proporzione degli interessi, non si può poi richiedere anche la non volontaria causazione del pericolo senza che la norma finisca in tal modo col rinnegare quel medesimo principio<sup>167</sup>. Questo accadrebbe perché secondo la logica giustificante in via oggettiva, la clausola negativa accolta dall'art. 54, nell'applicazione concreta del principio di proporzione, avrebbe come unico effetto quello di aumentare di un fattore la base degli elementi necessari per il giudizio di bilanciamento<sup>168</sup>.

È interessante notare come dalla legislazione tedesca, invece, possa ricavarsi un'altra ragione idonea ad opporsi alla giurisprudenza testé richiamata. Infatti il codice penale tedesco— secondo la previsione dell'art. 35— richiede sì la non volontarietà della causazione del pericolo, ma soltanto nell'ipotesi dello stato di necessità scusante, e non anche nell'ipotesi dello stato di necessità giustificante. Tale scelta viene spiegata in forza di una semplice argomentazione. Il comportamento pregresso di colui che compie l'azione necessitata (e tale agente coincide anche con colui che colpevolmente ha causato la situazione pericolosa), non deve condurre necessariamente ad una valutazione sfavorevole nei confronti dell'autore dell'azione illecita necessitata, mediante il metro di giudizio offerto dalla natura dei disvalori in collisione. In conclusione, dunque, la permanenza di un' *actio illicita in causa* non sempre

---

<sup>166</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 25 giugno 2008, n. 31445, in *One Legale*.

<sup>167</sup> Per una valutazione di questi aspetti si rinvia a MOLARI A., *Profili*, cit., 66.

<sup>168</sup> MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit., 679.

sarebbe in grado di escludere una giustificazione della condotta illecita necessitata<sup>169</sup>.

Per tornare al codice penale italiano, è evidente come questo modo di interpretare la lettera dell'art. 54 comporterebbe una svalutazione della clausola negativa in discorso. L'unica ragione dell'inciso sembra essere allora collegabile ad una possibilità di rimprovero normativo per aver causato un fatto lesivo che, malgrado la situazione eccezionale, non merita un giudizio di non punibilità, secondo l'ordinamento giuridico. L'agente dunque non potrebbe servirsi della scriminante, perché bisogna pretendere da costui l'accettazione del pericolo, in quanto da lui stesso causato<sup>170</sup>. In definitiva, così ragionando, si ottiene un nuovo comando di esigibilità della condotta conforme alla norma, ma al costo di mutare i termini per il rimprovero normativo. Il risultato finale è logico: il comportamento antecedente viene addebitato al soggetto se questo ha portato, come conseguenza, a commettere un fatto necessitato offensivo<sup>171</sup>.

#### **Par. 4.1. I requisiti dell'azione lesiva: la costrizione**

Nei paragrafi precedenti, abbiamo esaminato i requisiti che integrano la situazione di pericolo. Occorre adesso una necessaria trattazione degli altri tre requisiti richiesti dall'art. 54 del cod. pen.: infatti, se i primi tre presupposti (ovvero attualità del pericolo, danno grave e non volontaria causazione del pericolo) trattati rientravano nella *sub*-categoria dei requisiti propri della situazione di pericolo, nei prossimi tre paragrafi tratteremo i tre elementi che caratterizzano l'azione lesiva: vale a dire, la costrizione, l'inevitabilità e la proporzione.

---

<sup>169</sup> Sul punto v. l'analisi di KÜPER W., *Der "verschuldete" rechtfertigende Notstand*, Berlino, 1983, 16, 21ss., 161.

<sup>170</sup> Similmente, in un'ottica di stato di necessità "scusante", cfr. ROXIN C., *"Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien*, Berlino-New York, 1974, 816.

<sup>171</sup> MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit., 679.

La costrizione è il primo dei requisiti richiesti per la non punibilità dell'azione lesiva: esso è espressamente richiesto all'articolo 54, là dove si prevede che "Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri"<sup>172</sup>. La costrizione rappresenta dunque il *pendant* del pericolo inevitabile: ciò è logico, considerando che solo in presenza di un pericolo inevitabile il soggetto può ritenersi "costretto" a reagire, non avendo altre alternative. Questo presupposto costituisce il nucleo della situazione necessitante poiché limita le possibili scelte dell'agente a precise circostanze specifiche, nel senso che quest'ultimo si trova in una situazione di non-dominabilità del fatto, con la conseguente neutralizzazione del giudizio di riprovevolezza<sup>173</sup>, come una barca in mezzo ad una tempesta che non ha altra scelta che subire la violenza delle onde.

Il concetto di costrizione non viene richiamato nel Codice penale solo ed esclusivamente all'interno della norma che disciplina l'esimente in esame. Infatti, tale termine viene utilizzato in altri tre articoli del Codice penale, e precisamente:

- I. Nell' art. 52 del cod. pen.: "Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di una offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa"<sup>174</sup>. Da un lato, la presenza dello stesso verbo sia nell'articolo 52, sia nel 54, esclude che si possa attribuire alla costrizione dello stato di necessità il significato di un'azione indotta da un processo motivazionale abnorme. Dall'altro, nell' esimente in esame, a differenza della legittima difesa, la costrizione deve essere collegata al requisito dell'inevitabilità<sup>175</sup>. In altre parole, il "costretto" utilizzato

---

<sup>172</sup> Art. 54 Cod. Pen..

<sup>173</sup> MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit., 681.

<sup>174</sup> Art. 52 Cod. Pen..

<sup>175</sup> RONCO M., in RONCO M.- ROMANO B., *Codice Penale commentato*, cit., 15.

nell'articolo 54 implica che l'individuo deve aver adottato la condotta in forza di una necessità cogente ed imperiosa.

- II. Nell'art. 53 del cod. pen.: “Non è punibile il pubblico ufficiale che, al fine di adempiere un dovere del proprio ufficio, fa uso ovvero ordina di far uso delle armi o di un altro mezzo di coazione fisica, quando vi è costretto dalla necessità di respingere una violenza o di vincere una resistenza all'Autorità e comunque di impedire la consumazione dei delitti di strage, di naufragio, sommersione, disastro aviatorio, disastro ferroviario, omicidio volontario, rapina a mano armata e sequestro di persona”.
- III. Nell'art. 384 del cod. pen.: “Nei casi previsti dagli articoli 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371-bis, 371-ter, 372, 373, 374 e 378, non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore”.

Il concetto di “costrizione” è stato oggetto di un vivo dibattito in dottrina, che ha generato un forte contrasto tra oggettivisti e soggettivisti. Come per la legittima difesa, l'orientamento dottrinale più seguito è incline a sostenere l'assunto che, per applicare la scriminante in esame, sia necessario un turbamento psichico<sup>176</sup>, tale da scatenare propri effetti sul processo motivazionale dell'agente a causa della rappresentazione immediata di un pericolo imminente su di lui o su di un terzo<sup>177</sup>. Al contrario, secondo la visione oggettiva della scriminante, la locuzione “costretto ad agire” non avrebbe nessun altro fine se non quello di rafforzare il requisito della inevitabilità del pericolo, rimanendo dunque priva di qualsivoglia tipo di significato peculiare<sup>178</sup>. Di conseguenza, la legge

---

<sup>176</sup> MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit., 682.

<sup>177</sup> RONCO M., in RONCO M.- ROMANO B., *Codice Penale commentato*, cit., 15.

<sup>178</sup> COCCO G.-AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 195.

alluderebbe semplicemente ad una situazione che, oggettivamente parlando, comporta una incompatibilità tra i beni in conflitto e che come tale verrebbe valutata esternamente ed indipendentemente da un terzo estraneo<sup>179</sup>.

Il dibattito sul significato da attribuire alla locuzione in esame ha portato ad una serie di risultati apprezzabili: a tal riguardo si è parlato di scoperta o conferma, sebbene circoscritta, della dimensione soggettiva delle cause di giustificazione<sup>180</sup>. Si è sostenuto così che il soggetto agente possa correttamente ritenersi costretto qualora la situazione necessitante che si sta abbattendo su di lui determini una vera e propria coercizione, ossia un impulso a compiere un fatto previsto dalla legge come reato. Tra la situazione necessitante e la condotta necessitata verrebbe ad instaurarsi, per così dire, una causalità psichica; ma questa può esistere solo in quanto l'agente della condotta si rappresenti gli estremi costitutivi della situazione necessitante<sup>181</sup>. Da questa affermazione deriva però una conseguenza inevitabile, che si scontra con il dettato legislativo: la non applicabilità, nelle ipotesi di stato di necessità e legittima difesa, dell'art. 59, comma 1, del Codice penale, qualora l'autore adotti una condotta senza sapere di esservi stato costretto dalla necessità<sup>182</sup>. Infatti, il comma 1 dell'art. 59 del cod. pen prevede che "le circostanze che attenuano o escludono la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti"<sup>183</sup>.

---

<sup>179</sup> RONCO M., in RONCO M.- ROMANO B., *Codice Penale commentato*, cit., 15.

<sup>180</sup> Sulla questione si rinvia, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, ad AZZALI G., *La causa e lo scopo nei limiti scriminanti*, in BDPP *Università di Pavia*, 1960-1961, ora in *Scritti di teoria generale del reato*, Milano, 1995, 205 ss.; BRICOLA F., *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961, 139 ss.; DE FRANCESCO G.V., *La proporzione nello stato di necessità*, cit., 126 ss..

<sup>181</sup> Si è sostenuto (da parte di ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 489) che, se si dovesse accedere a questa tesi, la "costrizione" dovrebbe essere "sentita come tale" dall'agente che si trova nella situazione di legittima difesa o in stato di necessità.

<sup>182</sup> In tal senso cfr. FROSALI R. A., *L'errore nella teoria*, cit., 501 ss.. Per delle considerazioni simili si rimanda anche a GIULIANI U., *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, Milano, 1970, 57 ss..

<sup>183</sup> Art. 59 Cod. Pen..

L'obiezione che è stata mossa a questa prima possibile interpretazione ha condotto alla tesi, secondo la quale la costrizione dovrà essere valutata da un punto di vista oggettivo, adottando come metro di misura quello di un osservatore esterno e ignorando dunque in qual modo la realtà materiale sia stata rappresentata nella psiche dell'autore<sup>184</sup>.

Tuttavia, sebbene la locuzione "costretto dalla necessità" sia stata interpretata ora secondo una logica puramente oggettiva, ora secondo una logica puramente soggettiva, riteniamo più equilibrata la diversa visione di alcuni Autori i quali invece, considerando che *in medio stat virtus*, ritengono che all'espressione in esame si debba attribuire un'interpretazione bivalente. Vale a dire, da una parte la costrizione rileverebbe come oggettiva presenza di una circostanza che limita la capacità di determinazione dell'individuo necessitato. Dall'altra, la costrizione costituirebbe una percezione del pericolo e del suo incombere, tale da spingere il soggetto ad agire con la condotta necessitata<sup>185</sup>.

Ancora, secondo una lettura più "laica", e cioè una logica più comune, non sarebbe possibile accettare esclusivamente una lettura psicologica della costrizione poiché ciò equivarrebbe a sostenere un'interpretazione criptica, da addetti ai lavori, e dunque poco conoscibile dal *quibus de populo*. Che difficilmente potrebbe considerare la necessità di una costrizione come manifestazione di un condizionamento dovuto ad una circostanza eccezionale quale è il pericolo<sup>186</sup>. Tuttavia, sebbene questa lettura più "laica" appaia più semplice nel risolvere il dibattito attorno all'espressione inserita dal legislatore nell'art. 54 del cod. pen., appare preferibile che essa venga

---

<sup>184</sup> In tal senso si è espresso CONTIERI A., *Lo stato di necessità*, cit., 125 ss.; BRICOLA F., *Fatto del non imputabile*, cit. 139 ss.; MALINVERNI A., *Scopo e movente nel diritto penale*, Torino, 1955, 164.

<sup>185</sup> In tal senso GROSSO C.F., *Difesa legittima*, cit., 254, salvo poi ricavare l'oggettività della valenza del presupposto da altri elementi, come la disciplina generale dettata in tema di operatività delle scriminanti dall'art. 59, 1° comma, cod. pen., e dal fatto che l'interpretazione oggettiva sarebbe più favorevole al reo.

<sup>186</sup> Per una tale visione del problema si rimanda a SPAGNOLO G., *Gli elementi soggettivi*, cit., 32 ss..

relegata ad un ruolo sussidiario, e cioè al solo caso in cui non si riesca a dare una spiegazione all'inciso attraverso il dato normativo<sup>187</sup>.

A questo punto occorre però fornire un chiarimento che, sebbene sia semplice, non è da considerarsi per alcuna ragione come scontato e ricordare che l'elemento della costrizione e quello della necessità non sono né sovrapponibili, né intercambiabili. Diversamente opinando, risulterebbe superfluo il riferimento alla costrizione, dal momento che quest'ultima finirebbe per identificarsi con la necessità, se interpretata come semplice "mancanza di alternative", e come tale essa verrebbe verificata dall'osservatore medio<sup>188</sup>.

Invece la causa di giustificazione della legittima difesa, diversamente dalle situazioni che seguono una logica di necessità, non ha bisogno del requisito dell'inevitabilità della condotta (intendendosi per inevitabilità l'inesigibilità di una azione alternativa). Infatti, per fare ricorso alla scriminante prevista dall'articolo 52 del cod. pen. è sufficiente verificare che l'individuo, nel momento dell'evento, si sia trovato di fatto nell'oggettiva impossibilità di optare per una scelta alternativa. In particolare, la norma richiede che sia irrealizzabile la difesa del proprio o altrui diritto attraverso la fuga o il *commodus discessus* (che comunque deve sempre rimanere proporzionato all'offesa perpetrata dall'aggressore)<sup>189</sup>.

Al contrario, quando si torna a considerare le ipotesi dove la logica della stretta necessità è presente, ed in particolare gli articoli 54 e 384 del cod. pen., è agevole notare l'opposto di quanto testé affermato in tema di legittima difesa. Ne discende che l'elemento della costrizione deve allora

---

<sup>187</sup> MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit., 681.

<sup>188</sup> MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit., 682.

<sup>189</sup> Per una riflessione più approfondita su questi aspetti, seppur con un quadro normativo di riferimento parzialmente difforme, nella dottrina tedesca cfr. FRISCH J. G., *Grund- und Grenzprobleme des sog. Subjektiven Rechtfertigungselements*, in *Fest. für K. Lackner*, Berlino- New York, 1987, 126 ss., 137; LOOS A., *Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente*, in *Fest. Für D. Oehler*, Köln- Berlino- Bonn- Munchen, 1985, 235 ss.; ROXIN C., *Die provozierte Notwehrlage*, *ZStW*, 75 (1963), 541 ss., specialmente 562 ss..

essere interpretato in stretta connessione sia con il presupposto negativo della “non volontaria causazione del pericolo”, sia con quello dell’inevitabilità della situazione pericolosa, e che sia necessario verificare se questo abbia effettivamente influito sulla potestà che ha avuto il soggetto sul decorso degli eventi, tanto da rendere le circostanze non controllabili da parte dell’agente<sup>190</sup>.

Dunque, il giudizio che deve essere effettuato per quanto attiene al requisito della costrizione non può essere solo di tipo oggettivo. In effetti, con una simile visione si otterrebbe la traslazione del giudizio vertente su una situazione non ripetibile ed eccezionale dall’individuo necessitato ad un terzo osservatore medio, e dunque estraneo alla vicenda. In quanto tale, il soggetto terzo non potrebbe evidentemente comprendere appieno il fatto, soprattutto da un punto di vista psicologico- emotivo.

D'altronde, neanche un giudizio puramente soggettivo potrebbe portare ad un esito auspicabile. Questo perché, se non si dovessero considerare alcuni parametri oggettivi, non vi sarebbe più un perimetro ragionevole di applicabilità dello stato di necessità. con la conseguente impossibilità di utilizzare, qualora ne siano presenti tutti gli elementi necessari, l’art. 59, comma 4 del cod. pen. (“se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo”). A sostegno di questa affermazione si può ricordare una sentenza degli anni 80', nella quale la Corte di Cassazione aveva affermato che “un timore generico, non fondato su circostanze concrete e non derivante da minaccia (nella specie: l’asserito timore di rappresaglie, invocato a giustificazione di una falsa testimonianza) non integra lo stato di necessità, per difetto degli

---

<sup>190</sup> MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit.,682.

elementi dell'attualità del danno e della sua inevitabilità"<sup>191</sup>. In definitiva, si tratta di decidere se, da quello specifico evento della vita, l'azione dell'agente, come reazione o risposta, sia volta o meno alla difesa dell'interesse minacciato<sup>192</sup>. Per vero appare sostenibile in contrario che già il fatto che la persona risulti essere convinta di compiere un'azione conforme al diritto elimina il disvalore sociale della condotta, e di conseguenza anche l'illecito<sup>193</sup>.

Le scriminanti, proprio per la loro funzione di "fattori di neutralizzazione" del disvalore dell'evento, non possono essere prese alla leggera, né invocate senza gli appositi requisiti. A tal proposito, va sempre ricordato che le cause di giustificazione richiedono, in determinate ipotesi, dei particolari requisiti soggettivi, che altro non sono che limiti all'applicabilità della scriminante. Tuttavia, quando si deve procedere all'accertamento della tipicità delle scriminanti, le disposizioni dell' art. 59, comma 1 del cod. pen. per l'accertamento dei singoli elementi soggettivi nello scheletro della esimente, non risultano essere di ostacolo. In effetti, tale articolo sancisce solamente che le cause di giustificazione operano per il solo fatto di esistere; ma se queste, per venire ad esistenza, richiedono determinati speciali requisiti soggettivi, questi ultimi impongono una piena rappresentazione da parte dell'autore<sup>194</sup>. In conclusione, l'art. 59 comma 1 del cod. pen. fa riferimento ad un profilo di imputazione e non di struttura: non è possibile evitare di chiedere un comportamento psicologico dell'agente a causa dei requisiti soggettivi speciali che, già per la loro struttura, sono di natura psicologica<sup>195</sup>. Al contrario, non si può pretendere dall'autore della condotta

---

<sup>191</sup> Cass. Pen., Sez. VI, 23 aprile 1980, *Bonassisi*, in *One Legale*.

<sup>192</sup> Sul punto cfr. MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, 204 ss..

<sup>193</sup> Così si esprime anche ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, II, *Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Monaco, 2003, 520.

<sup>194</sup> Per un confronto sul punto si veda CARACCIOLI I., *L'esercizio del diritto*, Milano, 1965, 158.

<sup>195</sup> Cfr. FIORELLA M., *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 803; SPAGNOLO G., *Gli elementi soggettivi*, cit., 96 ss..

di essere a conoscenza della presenza dei presupposti oggettivi della scriminante, come per esempio la gravità del danno alla persona<sup>196</sup>. Pertanto, la rinuncia alla sanzione penale trova il suo fondamento non già nel venir meno della libertà dell'agente, ma nella mancanza di un coefficiente di colpevolezza tale da integrare il grado di disvalore soggettivo postulato dall'illecito penale<sup>197</sup>.

Giunti a questo punto, si impone un chiarimento. Malgrado si sia discusso animatamente in dottrina sul valore da attribuire alla costrizione, si è arrivati alla conclusione che è impossibile staccare completamente la valutazione dell'elemento soggettivo quando si analizza quest'ultimo particolare requisito. Infatti, come si è notato, la conclusione a cui si è arrivati è quella definita come "interpretazione bivalente". Ora, l'articolo 54 del cod. pen., al comma 3, fa riferimento alla possibilità di utilizzare lo stato di necessità in forza di un' "altrui minaccia". In questo caso, si sta facendo riferimento proprio ad una peculiare forma di costrizione e cioè al costringimento psichico, nozione che non va assolutamente confusa con la costrizione di cui parla il comma 1 del medesimo articolo. e che è stata trattata nel presente paragrafo. Pertanto, occorre rinviare l'argomento ad un prossimo paragrafo successivo che accoglierà la specifica trattazione di questa speciale forma di costringimento psichico.

#### **Par. 4.2. I requisiti dell'azione lesiva: l'inevitabilità del pericolo**

L'inevitabilità del pericolo è il secondo dei presupposti che l'azione lesiva deve realizzare affinché si possa concludere che essa è stata compiuta in stato di necessità. È infatti la norma stessa del Codice a richiedere chiaramente che il pericolo non possa essere "altrimenti evitabile", e non si tratta né di un caso, né

---

<sup>196</sup> FIORE C., *Diritto penale, parte generale*, I, Torino, 1993, 352 ss..

<sup>197</sup> RONCO M., in RONCO M.- ROMANO B., *Codice Penale commentato*, cit., 15.

di una banalità, bensì di una scelta precisa del legislatore. Affinché questa specifica precisazione indica che i presupposti, richiesti dal legislatore perché si possa invocare l'esimente in esame, sono molto più rigorosi di quelli che vengono richiesti per la legittima difesa<sup>198</sup>, per la configurazione della quale occorrono una difesa proporzionata, ma non l'inevitabilità del pericolo.

Per quanto attiene all'interpretazione di questo specifico requisito, è pacifico in dottrina che lo stato di necessità non possa essere riconosciuto nel caso in cui il pericolo possa essere evitato o fermato attraverso altre condotte lecite, includendo tra queste anche i rimedi civilistici e amministrativi. Tuttavia, le opinioni divergono per quanto attiene all'ammissibilità dello stato di necessità nel caso in cui la condotta in concreto realizzata, diversa da quella lesiva, non si possa valutare come certamente impeditiva, derivando da ciò una minor possibilità di tutela per il bene che si trova in pericolo rispetto alla condotta lesiva.<sup>199</sup> La soluzione a questa importante problematica fu la ricostruzione dello stato di necessità in modo più elastico, in base al rapporto di proporzione tra il bene tutelato e quello sacrificato. Pertanto, se il bene sacrificato risulta essere di rango modesto e il secondo, al contrario, ha un valore superiore, l'esimente dovrebbe ritenersi integrata anche nel caso in cui l'azione lesiva avesse solamente maggiori possibilità di tutelare il bene rispetto all'azione lecita alternativa<sup>200</sup>. In definitiva, questa tesi, che era stata elaborata all'unico fine di giustificare l'occupazione abusiva degli alloggi, implica a propria volta un problema non da poco: vale a dire, il rischio di confondere tra loro il requisito della proporzionalità con quello della inevitabilità. Da ciò deriverebbe un'*interpretatio abrogans* dell'inevitabilità<sup>201</sup>.

---

<sup>198</sup> COCCO G.- AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 198.

<sup>199</sup> RONCO M., in RONCO M.-ROMANO B., *Codice Penale commentato*, cit., 15-16.

<sup>200</sup> Per una trattazione più approfondita sul punto si rinvia a DE FRANCESCO G.V., *La proporzione*, cit., 238.

<sup>201</sup> Nello stesso senso si esprime VIGANÒ F., *Stato di necessità*, in (a cura di) CASSESE S. *Diz. dir. pubbl. Cassese*, Milano, 2006, *sub. art.* 54, 900.

Invero, l'inevitabilità viene interpretata dalla Corte di Cassazione, alla pari dell'attualità, secondo i criteri della visione oggettiva della scriminante. Pertanto, anche questo requisito, come quello precedentemente trattato, ha per cardine il bilanciamento degli interessi in gioco, che molto spesso viene considerato implicito nella concezione rigorosa della Suprema Corte. Questo presupposto dell'azione lesiva prevede dunque una contesto coatto che, oggettivamente considerato, non lascia spazio ad alternative rispetto alla condotta adottata dall'autore. Al soggetto non resta nessuna altra opzione, nella situazione di conflitto, e ledere un terzo estraneo è l'unica scelta possibile che si è potuto ricavare alla fine di un'oggettiva valutazione dei mezzi che sono a sua disposizione<sup>202</sup>. Si consideri, per esempio, il caso di un bagnante A che si trova in pericolo perché non sa nuotare e, trascinato dalla corrente, si è trovato a largo della costa. Questo potrebbe essere salvato da un altro soggetto B semplicemente spingendo via e non ferendo gravemente il proprietario di una barca che si rifiuta di cederla; oppure, ancora più semplicemente, utilizzando un'altra barca, di un terzo assente, che si trova equidistante dal bagnante al pari della prima imbarcazione.<sup>203</sup> Lo stato di necessità prevede dunque che, nel caso in cui dovesse risultare possibile una qualsiasi altra condotta, questa debba essere preferita dall'agente rispetto a quella che, invece, finirebbe col ledere gli interessi di un soggetto terzo, non aggressore.

La rigidità interpretativa che deriva dalla lettura rigorosamente oggettiva fatta propria dalla Cassazione ha portato ad un'inversione nella valutazione fatta dai giudici di merito. Questa tendenza è nata in forza di un ostacolo non indifferente e soprattutto non aggirabile, perché diversamente non sarebbe possibile utilizzare la scriminante in esame nel caso ci fossero altre possibilità rispetto alla condotta adottata: l'obbligo di accertare che nella situazione presa in esame sia presente l'inevitabilità dell'azione necessitata. A tal riguardo, la

---

<sup>202</sup> MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit., 679.

<sup>203</sup> ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., sub art. 54, 536.

soluzione a cui sono arrivati i giudici di merito, per uscire dalle strettoie della rigidità, è stato il ricorso alla nozione di scriminante putativa.<sup>204</sup> Quest'ultima, come abbiamo già osservato nel primo capitolo, è quella causa di giustificazione che, pur non esistendo nella realtà, scagiona comunque l'autore di un fatto delittuoso in astratto perché colui che ha agito lo ha fatto convinto, erroneamente, di agire in modo legittimo.<sup>205</sup> Pertanto, secondo i giudici di merito, la scriminante putativa andrebbe riconosciuta nei casi oggettivamente affini alla necessità, nei quali può accadere che l'agente nutra una ragionevole erronea convinzione sul fatto che sussistano i presupposti per invocare lo stato di necessità. Per dare sostegno al richiamo dell'articolo 59, ultimo comma, del cod. pen. col fine di aggirare la mancanza dei requisiti oggettivi della scriminante, i giudici di merito fanno espresso riferimento ad una valutazione *ex ante* dello stato psichico ed emotivo del soggetto in seguito al turbamento causato. Inoltre, vengono utilizzati anche una serie di motivi di stampo sociale e morale che rappresentano una garanzia nei casi in cui, oggettivamente parlando, non sussista lo stato di necessità, ma, da un punto di vista morale, l'agente risulterebbe sicuramente non punibile. Questo genere di aperture nella considerazione del rapporto della situazione necessitata, unito alla coerenza che il momento può indurre nella capacità di ragionamento e scelta dei soggetti, richiamano la, già nominata, inesigibilità della condotta. La valutazione dell'eccezionalità degli eventi, che hanno portato alla scelta della condotta adottata, in termini positivi, e l'irripetibilità del comportamento tenuto passano attraverso il filtro della quasi sussistenza dei requisiti dello stato di necessità in senso oggettivo. In definitiva, ci sarebbero delle ipotesi in cui l'interpretazione del presupposto dell'inevitabilità andrebbe affrontata in modo più cauto e meno rigido. Ciò si otterrebbe con una correzione del difetto della

---

<sup>204</sup> MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit., 680.

<sup>205</sup> Art. 59 Cod. Pen..

totale sussistenza dei requisiti oggettivi proprio attraverso parametri che possono essere ricavati dalla *ratio* soggettiva dell'inesigibilità.<sup>206</sup>

La discussione sulla scriminante putativa è senza dubbio un tema interessante ed attuale. In una sentenza recentissima si è trattato proprio dello stato di necessità e della scriminante putativa. Il caso era il seguente. Ad un uomo era stata sospesa la patente di guida, ma costui, nonostante la sospensione, si era messo alla guida di un'autovettura. L'uomo si è difeso, sostenendo di essersi messo a guidare per lo stato di necessità di soccorrere la propria compagna che accusava forti dolori lombari e perdita di sensi. Sulla questione si era pronunciato il Tribunale di Brindisi con la sentenza n°1224 del 2021<sup>207</sup>. Ciò nonostante, scontento della decisione a cui si era arrivati, l'uomo decise di fare ricorso, adducendo un solo motivo contro la sentenza: l'aver la decisione di condanna erroneamente interpretato le disposizioni in materia di scriminante dello stato di necessità, escludendo qualsiasi efficacia all'erronea ed incolpevole convinzione del ricorrente di trovarsi in una situazione di pericolo per la salute fisica della propria compagna, e quindi di doverla portare velocemente al Pronto soccorso. La Cassazione ha respinto il ricorso, reputando il motivo inammissibile: in tale circostanza la Corte ha ribadito i requisiti necessari affinché sussista la scriminante affermando che, ai fini dell'utilizzo dello stato di necessità, deve ricorrere un'effettiva situazione di pericolo imminente di danno grave alla persona, non altrimenti evitabile. Inoltre, per quanto attiene all'esimente trattata, in senso putativo, l'erronea persuasione di trovarsi in una situazione di pericolo non può essere provocata da un mero stato d'animo, ma da circostanze concrete e oggettive che la giustifichino. In conclusione, dunque, in questo caso non è possibile applicare lo stato di necessità, in quanto il malore lamentato da un passeggero (salvo che non si riscontri che questo versi in una situazione di effettivo pericolo e non risulti

---

<sup>206</sup> MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit., 680.

<sup>207</sup> Trib. Brindisi, 21 settembre 2021, n.1224, in *One Legale*.

possibile agire in diverso modo) non vale ad escludere la responsabilità del conducente per aver violato il codice della strada.<sup>208</sup>

Sia la dottrina, che la giurisprudenza, sono concordi nell'affermare che, per essere considerato inevitabile ( e, di conseguenza, legittimare un'azione che comporti una lesione), "il pericolo non può essere neutralizzato neppure attraverso un comportamento che cagioni un pericolo personale per l'agente"<sup>209</sup>. E pertanto richiesta "non una semplice necessità ma una necessità cogente, una vera e propria inevitabilità, il che significa che non deve essere in alcun modo possibile schivare il pericolo con altri fatti"<sup>210</sup>. A tal riguardo, una peculiare opzione, che, se possibile, dovrebbe essere sempre preferita, è la fuga. Premesso che con un'azione necessitata l'esito finale è sempre quello di comportare un danno alla sfera giuridica di un soggetto estraneo alla situazione pericolosa, la fuga esclude alla base la presenza dei requisiti che legittimano l'azione necessitata lesiva<sup>211</sup>. La possibilità della fuga è stata nominata, per esempio, in una sentenza del 1962 che esaminava, nello specifico, lo stato emotivo di un conducente dopo un incidente stradale. In questa sentenza, la Corte ha escluso che gli stati emotivi conseguenti all'investimento possano valere ad escludere la responsabilità per i reati derivanti dall'art. 133 del Codice Stradale. In definitiva, l'obbligo di fermarsi quando un automobilista investa una persona sussiste anche nel caso in cui il conducente sia stato preso dal timore di essere esposto ad un pericolo personale, "a meno che non ricorrano gli estremi dello stato di necessità per cui l'investitore sia costretto a sottrarsi con la fuga al pericolo attuale di un danno grave alla persona non altrimenti evitabile."<sup>212</sup>. Come si può vedere, la Suprema Corte indica espressamente la fuga come prima alternativa

---

<sup>208</sup> Cass. Civ., Sez. II, 15 marzo 2023, Ordinanza n. 7457, in *One Legale*.

<sup>209</sup> DOLCINI E.- MARINUCCI G., *Codice Penale Commentato*, cit., 291.

<sup>210</sup> Per una visione più dettagliata sul punto si rimanda a ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 244.

<sup>211</sup> COCCO G.- AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 198.

<sup>212</sup> Cass. Pen., 1 gennaio 1962, *Gallotta*, in *One Legale*.

preferibile alla condotta necessitata nel caso in cui dall'investimento possa derivare un pericolo di lesione immediato, fermo restando il presupposto di un danno personale non altrimenti evitabile. Si pensi, per esempio, al caso in cui l'autovettura, dopo l'incidente, stia per esplodere: ebbene, una tale circostanza legittimerebbe il conducente a violare l'articolo 133 del cod. strad. per mettersi in salvo.

Un altro aspetto che va attentamente considerato in questa materia è offerto dalla preferenza di un' eventuale situazione di indigenza. Come è stato precedentemente esposto, questo particolare tipo di condizione viene spesso utilizzato per dimostrare la sussistenza dello stato di necessità, come nel caso dei tentavi di occupazione abusiva precedentemente ricordati. Secondo un costante orientamento, l'indigenza non può essere usata per legittimare la commissione di reati che hanno il fine di procurarsi cibo o altre utilità economiche, dal momento che, per far fronte alle esigenze delle persone che si ritrovano in tale triste condizione, esistono appositi istituti di assistenza sociale<sup>213</sup>. Anche qui è tuttavia necessario esaminare caso per caso, perché esistono innegabilmente particolari circostanze nelle quali un soggetto, che si ritrovi in uno stato di indigenza e commetta un reato, può giustificatamente invocare lo stato di necessità. A titolo di esempio, si può ricordare una sentenza del 2016 della Corte di Cassazione: un senza tetto privo di occupazione aveva rubato una confezione di wurstel e due porzioni di formaggio del valore complessivo di quattro euro. In questa particolare circostanza la Corte ha riconosciuto lo stato di necessità riconoscendo che si era trattato di un furto per fare fronte ad una necessità che, se ignorata, avrebbe potuto portare alla morte dell'individuo.<sup>214</sup>

In conclusione, si può vedere come il tema dell' inevitabilità del pericolo è da sempre un argomento discusso. Ciò lo si può cogliere soprattutto per i casi

---

<sup>213</sup> COCCO G.- AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 198.

<sup>214</sup> Cass. Pen., Sez. V, 7 gennaio 2016, n. 18248, in *One Legale*.

collegati al codice stradale, dove vi è un sottile confine tra ciò che è scriminabile e ciò che non lo è. Interessante è anche il fatto che l'inesigibilità colleghi due requisiti distinti come l'attualità del pericolo e l'inevitabilità. Molto probabilmente, l'inesigibilità è un tema che richiederebbe un maggior approfondimento anche sotto l'aspetto etico. In una situazione di pericolo, cosa è giusto pretendere come reazione da un individuo e cosa non lo è? Il timore di una lesione ai danni della nostra o l'altrui persona è senza dubbio una spinta emotiva non indifferente, che potrebbe portare ogni persona a compiere anche atti definibili come estremi. Proprio per questa ragione, e cioè in forza della complessità umana, non si può che sostenere la necessità di una continua interpretazione ed evoluzione di un istituto storico e necessario come lo stato di necessità.

#### **Par. 4.3. I requisiti dell'azione lesiva: la proporzionalità**

La proporzionalità è l'ultimo elemento richiesto per integrare la sub-categoria dei presupposti per l'azione lesiva, e di conseguenza è anche l'ultimo dato necessario per poter riconoscere la sussistenza dello stato di necessità.

Come si è detto, questo elemento è previsto espressamente dall'articolo 54 del codice penale: "non è punibile chi [...] sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo". Quindi, chi realizza una particolare condotta perché spinto dalla necessità, deve compiere un fatto proporzionato al pericolo: solo così facendo il danno perpetrato potrà essere scriminato<sup>215</sup>.

Sin da ora è importante evidenziare che la proporzionalità è richiesta anche per la legittima difesa. Infatti, l'art. 52 del cod. pen. prescrive che la difesa sia proporzionata all'offesa."<sup>216</sup>.

---

<sup>215</sup> ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 537.

<sup>216</sup> Art. 52 Cod. Pen..

A questo proposito, bisogna chiarire innanzitutto che, come per la legittima difesa, anche nello stato di necessità la proporzione non fa riferimento ad una comparazione tra i mezzi a disposizione e quelli utilizzati. Per giunta, se si facesse combaciare la proporzione con l'indispensabilità del mezzo usato, questo requisito finirebbe col coincidere con quello dell'inevitabilità del pericolo, diventando dunque superfluo<sup>217</sup>. Quindi, la tesi secondo cui la comparazione concerna i mezzi usati rispetto a quelli a disposizione, con il conseguente appiattimento inevitabile del giudizio di proporzione su quello di inevitabilità, è stata giustamente scartata<sup>218</sup>. Inoltre, l'inserimento di questa locuzione (cioè della proporzionalità dell'offesa) all'interno dell'art. 54 trova la sua motivazione all'interno della Relazione al Codice, nella quale si afferma che l'espressione è stata inserita per l'esigenza di evitare che dalla "differenza di locuzione tra i due articoli, non si trovasse ragione a dubitare che quel requisito fosse estraneo allo stato di necessità."<sup>219</sup>

Invero, la proporzionalità si presenta come un requisito assai peculiare poiché essa, molto di più rispetto agli altri requisiti esaminati, costituisce uno dei fondamenti della struttura oggettiva della scriminante in esame. Questo presupposto viene espressamente richiesto anche in altre ipotesi di cause di giustificazione "oggettive" incardinate sul bilanciamento e la contrapposizione degli interessi conflittuali. Si sta qui alludendo al già menzionato art. 52 del cod. pen. ed all'art. 34 del StGB tedesco. Tuttavia, sebbene la proporzionalità venga nominata in ciascuna di queste cause di giustificazione, il necessario giudizio di valutazione, che va effettuato tra gli interessi in gioco, deve essere più rigoroso rispetto alla legittima difesa. La ragione di ciò è perfettamente logica e più volte è stata appunto affermata come mezzo per distinguere le due cause di giustificazione: nello stato di necessità viene offesa la sfera giuridica di

---

<sup>217</sup> Sul punto si rimanda a MOLARI A., *Profili*, cit., 79.

<sup>218</sup> Cfr. MOLARI A., *Profili*, cit., 79; RAMACCI L., *Corso di diritto penale*, II, Torino, 2017, 83.

<sup>219</sup> *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, t. I, *Relazione sul Libro I del Progetto*, Roma, 1929, 97.

un soggetto terzo, estraneo alla concreta vicenda e non aggressore. Pertanto, il danno cagionato con la condotta necessitata può colpire solo beni di rango inferiore o equivalente, ma in nessun caso potranno essere danneggiati beni di natura superiore rispetto a quello che deve essere salvato<sup>220</sup>.

Questa soluzione risulta di certo più coerente con l'impostazione oggettivistica della scriminante; però non convince appieno poiché presenta degli aspetti contraddittori<sup>221</sup>. Infatti, se la valutazione dovesse circoscriversi solo ai beni, presi in considerazione unicamente nella loro sfera oggettiva, allora questa causa di giustificazione si dovrebbe applicare al caso del medico che preleva un organo non essenziale da un paziente (anche senza consenso), per trapiantarlo su un altro paziente in pericolo di vita, in forza del principio della prevalenza del bene<sup>222</sup>. Per evitare questo genere di conseguenze incongrue si è proposta una interpretazione alternativa: formulare il giudizio considerando la misura complessiva del fatto. Riprenderemo a breve questo concetto (nel capitolo 3), ma limitiamoci a nominarlo solo per ora.

Un aspetto molto importante da tenere a mente è che non tutti i beni sono facilmente classificabili. A volte, infatti stabilire una gerarchia può risultare estremamente difficile. E, in effetti, per quanto concerne il giudizio di proporzione, esso non risulta essere accettabile quando in esame vi sia il bene giuridico della vita umana. Ci sono a questo proposito due possibili esiti che occorre valutare.

- Da una parte, si può considerare il fatto che l'art. 54 del cod. pen. determina come lecita la morte inflitta ad un altro soggetto a causa di uno stato di necessità. Si pensi ad esempio all'alpinista e al suo compagno sospeso alla stessa corda. Entrambi si trovano in una

---

<sup>220</sup> Per un'analisi più approfondita si rinvia a GROSSO C.F., *Necessità*, cit. 889; MOLARI A., *Profili*, cit., 72 ss.; PAGLIARO A., *Principi*, cit., 448.

<sup>221</sup> RONCO M., in RONCO M.- ROMANO B., *Codice Penale commentato*, cit., 17.

<sup>222</sup> Per un approfondimento sulla questione si rimanda a VIGANÒ F., *Stato di necessità*, in (a cura di) CASSESE S. *Diz. dir. pubbl.*, cit., 903.

situazione di pericolo e moriranno entrambi se la corda non verrà recisa. Ancora, si potrebbe immaginare che, per non precipitare verso morte certa, l'agente balzi sulla corda di un terzo scalatore facendo precipitare quest'ultimo verso una fine certa.

- Dall'altra, se non prendiamo in considerazione la possibile presenza di un danno sociale, per quanto nel valutare la proporzione si vogliano e si debbano esaminare tutte le circostanze concrete, colui che ha compiuto un'azione necessitata non potrà mai essere giustificato sotto l'aspetto soggettivo. Si fa riferimento all'ipotesi in cui per salvare la propria vita una persona sia stata costretta a causare congiuntamente un danno mortale a due o più persone.

Nessuna delle due soluzioni dà un esito che sia totalmente soddisfacente. Se appare più convincente all'interprete la possibilità di considerare la vita umana come un bene che non può essere comparato a nessun altro bene, tutti gli altri risulteranno di minor importanza, o comunque secondari, se paragonati a quel bene sommo che è la vita, senza la quale non è neppure immaginabile nessun altro bene. In tali ipotesi, dunque, deve essere escluso *in toto* ogni paragone con una o più vite umane, dando ingresso unicamente ad una causa di esclusione della colpevolezza e solo a determinate condizioni specifiche<sup>223</sup>.

Tornando a considerare gli altri beni giuridici diversi dalla vita e andando più in profondità con l'analisi dei requisiti formali che contraddistinguono le diverse cause di non punibilità, è possibile accorgersi che le affinità, che apparentemente riguardano il presupposto della proporzionalità nelle tre scriminanti nominate (stato di necessità, legittima difesa e art. 34 StGB), in realtà non sono univoche<sup>224</sup>.

Innanzitutto, prendiamo in considerazione la legittima difesa. Il criterio di proporzione utilizzato nell'art. 52 cod. pen. si ricollega alla nozione di

---

<sup>223</sup> ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 538.

<sup>224</sup> MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit., 683.

proporzione tra mezzi (e cioè tra offesa e difesa), integrato dal bilanciamento tra beni. L'elemento che connota il requisito della proporzione previsto dalla legittima difesa dal nostro codice e dallo stato di necessità giustificante (art. 34 StGB) è caratterizzato da un bilanciamento illimitato e aperto per quanto attiene agli interessi che vengono presi in considerazione<sup>225</sup>. È proprio questo bilanciamento aperto e illimitato è ciò che spinge a rendere il fondamento di queste scriminanti improntato su parametri di bilanciamento più utilitaristici, che solidaristici<sup>226</sup>. E infatti questi ultimi elementi (quelli utilitaristici) sono alla base dello stato di necessità perché nel bilanciamento c'è la ricerca di un certo vantaggio<sup>227</sup>. Questo *plus* che si ricaverebbe dalla ricerca di un vantaggio conseguirebbe dal salvare un interesse o un bene che sia, in misura rilevante, maggiore rispetto a quello che si è dovuto sacrificare.

Nel testo del nostro codice penale l'art. 54, quando fa riferimento alla proporzionalità, non specifica che il bene da salvare deve essere necessariamente di rango maggiore o equivalente rispetto al bene da sacrificare. Ciò sarebbe più coerente nell'ottica di un bilanciamento illimitato e, in effetti, questa particolare specificazione si rinviene proprio nell'art. 34 dello StGB tedesco. Il semplice fatto che all'interno del nostro codice manchi una indicazione di tal genere allontana la nostra scriminante da un'interpretazione in senso utilitaristico, in quanto non viene richiesto l'ottenimento di un vantaggio dal conflitto di interessi<sup>228</sup>.

Diversamente, il problema diventa più complesso nel caso in cui il conflitto coinvolga beni che sono qualificabili come beni di pari dignità. Il giudizio di proporzione eseguito nella sua forma "pura" perde di pregnanza poiché non si

---

<sup>225</sup> Sulla proporzione nella legittima difesa cfr. GROSSO C.F., *Legittima difesa*, in Enc. dir., XXVI, Milano, 1974, 29 ss.; PADOVANI T., *Difesa legittima*, cit. 512 ss.; SANTAMARIA D., *Lineamenti di una dottrina*, cit., 189 ss..

<sup>226</sup> Tale è la moderna impostazione che risulta dalle più recenti indagini compiute in Germania sulla fattispecie scriminante ai sensi del 34 StGB, MEIBNER K., *Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand* (34 StGB), Berlino, 1990, 188 ss..

<sup>227</sup> Sul punto cfr. MEIBNER K., *Die Interessenabwägungsformel*, cit., 109.

<sup>228</sup> MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit., 683.

riesce a comprendere la *ratio* che sta dietro la scelta del sacrificio di un interesse rispetto all'altro e ciò avviene a prescindere dalle diverse variabili che possono caratterizzare il contesto ( come ad esempio, il grado di pericolosità o il carattere doloso o colposo della condotta). Tale risultato è logico se si considera che la norma non parla né di equivalenza tra beni, né di beni inferiori o superiori, bensì di una proporzione tra pericolo e fatto. In realtà, interpretando la norma in questa ottica, si riesce ad esprimere in modo più congruo l'esigenza di una valutazione complessiva del fatto- che si è precedentemente ricordata e che interpreta il requisito della proporzione considerando sia l'evento, che il fatto- rispetto al pericolo in atto. Pertanto, non vi è dubbio che il valore riconosciuto o attribuito dall'ordinamento positivo e la tipologia di bene risulteranno essere rilevanti ( e nella maggioranza dei casi la semplice "distanza" tra un due particolari beni risulterà sufficiente per la valutazione che si va a svolgere), ma è altrettanto vero che sarà anche necessario prendere in considerazione il disvalore dell'azione assieme a tutte le altre circostanze che possono influire sul caso concreto<sup>229</sup>. A tal riguardo, va ricordata una nota sentenza del 2007 sulla strage di Sant'Anna di Stazzema. In quel caso la Suprema Corte aveva escluso l'operatività dell' art. 54 sia perché non si era riusciti a provare che il rifiuto di partecipare all'eccidio avrebbe avuto come conseguenza inevitabile l'uccisione di chi non aveva obbedito all'ordine, sia perché l'opzione di ricorrere a delle punizioni disciplinari e a delle misure coercitive di diverso tipo non avrebbe permesso l'utilizzo dello stato di necessità in quanto nel caso concreto *ictu oculi* mancava il requisito della proporzionalità nel rapporto di misura tra i beni in conflitto. In forza di ciò la Suprema Corte ha affermato: "perché sussista la scriminante dello stato di necessità, prevista dall'art. 54 cod. pen., occorre che sia configurabile un rapporto di

---

<sup>229</sup> DE FRANCESCO G.V., *La proporzione*, cit., 260 ss.; FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 228.

proporzionalità tra l'effettivo pericolo prospettato e il fatto commesso dall'imputato<sup>230</sup>.

È però necessario fare attenzione perché, sebbene sia importante dare il giusto valore a tutti gli aspetti variabili, bisogna evitare di esimere, attraverso un giudizio di proporzione svolto al di fuori dei limiti imposti dalla fattispecie, eventuali azioni che potrebbero invece comportare la semplice attenuazione della pena. Infatti, l'impostazione da ultimo richiamata rischia di azzerare il requisito dell'inevitabilità del pericolo dilatando in modo eccessivo i termini che riguardano il rapporto di proporzionalità. Tutto ciò accadrebbe ignorando il fatto che il giudizio di proporzione deve intervenire dopo, e non prima, dell'accertamento sull'indispensabilità della azione lesiva adottata per tutelare il bene in pericolo<sup>231</sup>.

Oltre a ciò occorre anche ricordare che l'articolo 54 esclude che il giudizio di proporzione venga fatto su alcuni beni specificatamente indicati. Si allude, in questo caso a quei beni che si possono facilmente quantificare sotto un profilo utilitaristico: i beni collettivi e quelli patrimoniali. Pertanto, poiché il giudizio di proporzionalità è stato limitato solo ai beni personalissimi ed indisponibili, ne consegue che il bilanciamento che verrà condotto non avverrà tra interessi e beni che non sono proporzionabili se considerati in via etico- giuridica, neppure qualora si volesse di essi fare una valutazione aritmetica<sup>232</sup>.

Tuttavia, la legittima difesa e lo stato di necessità hanno in comune un'altra caratteristica, collegata alla proporzionalità, di valore non indifferente. Come avviene per la scriminante *ex art. 52*, anche per quella *ex art. 54* occorrerà prendere nella giusta considerazione i mezzi di cui disponeva la persona nel momento del pericolo. Questo specifico presupposto viene richiesto dalla norma che, utilizzando una clausola generale per richiedere tale giudizio di

---

<sup>230</sup> Cass. Pen., Sez. I, 8 novembre 2007, n. 4060, in *One Legale*.

<sup>231</sup> RONCO M., in RONCO M.- ROMANO B., *Codice Penale commentato*, cit., 17- 18.

<sup>232</sup> MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit., 683.

valutazione, sembrerebbe alludere ad un' adeguatezza o un' apprezzabilità (o per essere più specifici, ad una "non- disapprovazione") globale della condotta da parte dell'ordinamento<sup>233</sup>. Per fare un esempio, risulta scriminato chi ha infranto il limite di velocità o addirittura ha compiuto un omicidio colposo (e risulta ancora più semplice qualora la vittima vi abbia concorso), causato da un soggetto A che guidava una macchina oltre i limiti consentiti nel centro abitato della città per portare il ferito in ospedale dove si deve procedere, con un'operazione chirurgica, a reimpiantare un arto mozzato a causa di un infortunio avvenuto sul lavoro<sup>234</sup>.

Va infine ricordata una situazione che è stata più volte ricordata durante la trattazione di tutti i singoli requisiti previsti dall'art. 54: il tema della necessità abitativa. La giurisprudenza di merito, per quanto riguarda questo particolare argomento, ha impostato il giudizio di comparazione di beni tra il rango particolarmente elevato del bene tutelato e la modestia concreta della lesione inferta all'interesse tutelato dalla norma incriminatrice. Così facendo, si è spesso dimenticato di considerare il requisito previo dell'inevitabilità del danno<sup>235</sup>. A titolo di esempio, si riporta una sentenza della Pretura di Genova del 1991, in relazione ad un appartamento "vuoto da tempo e non ancora assegnato". Il giudice si è così espresso: "la mancanza di un alloggio impedisce necessariamente a persone di qualunque età e ad una famiglia in generale una esistenza dignitosa e l'instaurarsi di rapporti fisici ed oggettivi indispensabili per una vita dignitosa; tale situazione produce una violazione dei diritti inviolabili della personalità umana riconosciuti dalla costituzione all'uomo come tale; pertanto l'impossibilità di ottenere una casa integra necessariamente il pericolo attuale di un danno grave alla persona, e l'occupazione abusiva di un alloggio può essere ritenuta scriminata dallo stato

---

<sup>233</sup> ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 537.

<sup>234</sup> Cfr. sul punto DE FRANCESCO G.V., *Proporzione*, cit., 261.

<sup>235</sup> RONCO M., in RONCO M.- ROMANO B., *Codice Penale commentato*, cit., 18.

di necessità, allorché tale pericolo, oltre ad essere attuale, non sia stato causato volontariamente dall'imputato nel senso che questi abbia occupato l'immobile solo come *extrema ratio* dopo essersi mosso nel rispetto della legge e delle sue procedure.<sup>236</sup>”

A questo punto può ritenersi conclusa la trattazione sui requisiti dello stato di necessità (sia per i presupposti della situazione pericolosa, sia per i presupposti dell'azione lesiva). Come si è potuto vedere fin qui, l'art. 54 del cod. pen., sebbene a prima lettura possa sembrare norma chiara e di facile interpretazione, rivela in realtà non poche insidie. Questa norma, che come abbiamo precedentemente detto, ha una lunga origine storica e si è adattata al contesto sociale con cui negli anni è venuta via via a confrontarsi. Il Covid-19 ha rappresentato una nuova sfida per non solo questa scriminante, ma anche per il nostro sistema intero, a cominciare dal ramo sanitario del nostro ordinamento. I medici nell'anno 2020 si sono trovati di fronte ad una malattia allora nuova e sconosciuta ed hanno dovuto affrontare una delle più grandi difficoltà che il nostro Paese abbia mai dovuto superare in questi ultimi due secoli. Sebbene la norma sullo stato di necessità abbia i suoi anni, è indubbio che abbia saputo reggere alla prova del tempo. Tuttavia, prima di poter passare a fare un'analisi più approfondita sul ruolo di questa scriminante nella recente pandemia e sul suo collegamento col *triage* esiziale, è necessario dedicare ancora qualche parola su degli altri aspetti dell'articolo 54 cod. pen., che, sebbene trattati “secondariamente”, rispetto ai requisiti fin qui esaminati, non sono per questo in nessun modo di minor importanza.

---

<sup>236</sup> Pretura di Genova, 28 gennaio 1991, *Artale*, in *One Legale*.

## Par. 5. Il soccorso di necessità e i suoi limiti

Conclusa la trattazione relativa ai singoli requisiti che legittimano il ricorso allo stato di necessità, è ora necessario concentrarsi su altri aspetti di contorno (ma non per questo meno importanti), relativi alla scriminante in esame.

Il primo di questi aspetti è il soccorso di necessità. Il Codice penale prevede all'articolo 54 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”. La norma, sebbene non scenda troppo nei dettagli e possa portare a delle difficoltà applicative a causa della molteplicità interpretativa consentita da queste poche parole, è chiara. Ogni persona è dunque legittimata a compiere un'azione necessitata per salvare da un danno grave alla persona non sé stesso, ma bensì un terzo<sup>237</sup>. L'ipotesi delineata è quella di un estraneo che agisce in favore di un altro individuo minacciato da un male imminente (e dunque non agisce avendo come primo pensiero il proprio benessere), provocando così un danno ad un terzo. Questa appena indicata è la ricostruzione logica che si propone allorché si prenda in considerazione un'interpretazione della norma secondo il senso ricavato dall'analisi delle parole, senza andare a considerare eventuali possibili limiti<sup>238</sup>.

A questo punto è necessario un chiarimento. Il soccorso di necessità previsto dall'articolo 54 non ha nulla a che fare con il così detto soccorso difensivo previsto dall'articolo 52 del cod. pen. (“non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di una offesa ingiusta”). La distinzione tra i due tipi di soccorso non è immediata da cogliere, ma è presente: mentre nell'art. 52 si fa riferimento alla difesa di un terzo che è stato aggredito ingiustamente, il

---

<sup>237</sup> ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 538.

<sup>238</sup> MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit., 684.

soccorso di necessità inizia là dove termina un obbligo di soccorso<sup>239</sup>. Pertanto, l'assenza di un obbligo di soccorso ai sensi dell'articolo 593 (omissione di soccorso) del cod. pen. è un presupposto necessario ai fini del soccorso di necessità. Diversamente, se l'obbligo di soccorso fosse presente, non verrebbe applicato l'art. 54, ma si applicherebbe un'altra scriminante: l'art. 51 cod. pen (adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica) e ne conseguirebbe anche un'esclusione dall'obbligo di indennizzo ex art. 2045 cod. civ.<sup>240</sup>. A titolo di esempio basta immaginare una semplice situazione: mettiamo caso che un edificio sia in fiamme e un passante si accorga che c'è una persona in pericolo. Il passante, non essendo un pompiere, non ha alcun obbligo di gettarsi nelle fiamme per salvare l'altro. Essendoci il pericolo di un danno grave anche per l'interveniente, quando gli verrà chiesto perché non ha agito, a costui basterà dire che non aveva alcun obbligo di intervenire per salvarlo.

Inoltre, il dovere di soccorso cessa allorché una delle varie condotte descritte nell'art. 593 cod. pen., necessarie per soccorrere il pericolante, non comportino una situazione pericolosa per il soccorritore; di conseguenza vengono meno anche gli estremi per poter applicare lo stato di necessità<sup>241</sup>. A questa conclusione si è arrivati sebbene dall'attuale art. 593 del nostro Codice sia sparita la così detta "clausola di salvezza" ("ove il soccorritore fosse esposto a danno o pericolo personale") che era contenuta nel vecchio Codice Zanardelli all'art. 389. A tal riguardo è molto probabile che il legislatore abbia considerato un simile richiamo come eccessivo e pleonastico, data la presenza della scriminante dello stato di necessità, (anche se i requisiti di intensità e qualità del pericolo richiesti dall'art. 54 appaiono in realtà più rigorosi). Per di più,

---

<sup>239</sup> ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 538.

<sup>240</sup> Per una analisi più approfondita sul punto si rinvia a CADOPPI A., *Il reato di omissione di soccorso*, Padova, 1993, 96 ss.; BALESTRINO U. G., *Dovere di soccorso e stato di necessità*, Milano, 1970, 19 ss.; GROSSO C.F., *Necessità*, cit., 890; MANTOVANI F., *Diritto penale, parte speciale, I, Delitti contro la persona*, Padova, 1996, 245; MARINI A., *Delitti contro la persona*, Torino, 1996, 184-185.

<sup>241</sup> Cfr. la questione con MEZZETTI E., *Necessitas non habet legem?*, cit., 162.

considerando il passaggio da “limite esegetico” a “limite scriminante” della situazione pericolosa per il soccorritore, appare evidente che, per la limitata operatività dello stato di necessità la situazione si pieghi a sfavore di colui che agisce col fine di salvare un altro soggetto, a causa della stretta operatività dello stato di necessità<sup>242</sup>.

A proposito del soccorso di necessità, affiorano due importanti problematiche riguardanti corrispettivamente l'ampiezza della previsione e i confini dell'intervento del soccorritore in caso di dissenso dell'interessato<sup>243</sup>.

Per quanto attiene all'eccessiva latitudine del soccorso di necessità, bisogna dire che la difficoltà interpretativa e applicativa sta nel fatto che l'art. 54 non distingue fra terzo e terzo. La norma porta a reputare come giustificato l'intervento anche in ipotesi che suscitano non poche perplessità. A tal riguardo, attualmente viene giustificata la condotta adottata non solo quando colui che viene sacrificato si trova nella stessa situazione del terzo che viene aiutato; ma anche quando in pericolo si trovi solamente il terzo e chi invece viene sacrificato, al contrario, sia un completo estraneo alla circostanza pericolosa<sup>244</sup>. La conseguenza di tale interpretazione comporta che il terzo si trovi in una posizione arbitraria. Ha il potere di modificare l'ordine dei sacrifici imposti alla situazione fattuale dalla malasorte, arrivando fino al punto di poter addirittura mutare nel sacrificio di un individuo un pericolo che gravava solo su un'altra persona. Si prenda ad esempio il caso di un uomo che spara ad un naufrago su una zattera per permettere ad un altro di salirvi<sup>245</sup>. Per esemplificare il livello di perplessità che può insorgere, si può ricordare il caso relativo al naufrago della fregata da guerra britannica Mignonette. In quella circostanza, i marinai A e B avrebbero potuto uccidere un loro collega, il

---

<sup>242</sup> MUSCO E., *Omissione di soccorso*, VIII, Torino, 1994, 566. Così si esprime anche MANTOVANI F., *Diritto penale, parte speciale*, cit., 245.

<sup>243</sup> RONCO M., in RONCO M.- ROMANO B., *Codice Penale commentato*, cit., 20.

<sup>244</sup> ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 538.

<sup>245</sup> Si rinvia a MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale*, cit., 245.

marinaio C, per bere il suo sangue col fine di salvare sé stessi, qualora non ci fossero state altre possibilità di salvezza. In tale situazione, da un punto di vista matematico, si tratta di due vite contro una<sup>246</sup>.

Una delle proposte avanzate per porre rimedio a questo problema, e cioè delimitare l'ambito di applicazione della norma, era stato quello di circoscrivere la stessa a determinate categorie di persone, vicine al soggetto, come ad esempio, i prossimi congiunti. La scriminante, invece, dovrebbe essere ammessa in via generalizzata e non andrebbe limitata a categorie limitate di soggetti particolarmente vicini all'autore del fatto necessitato<sup>247</sup>. Questa interpretazione sembrerebbe portare non ad una logica di "non esigibilità", quanto piuttosto verso una logica di bilanciamento, fermo restando che il salvataggio di soggetti estranei (nella normalità dei casi) non dovrebbe comportare l'alterazione del processo di formazione della volontà dell'agente<sup>248</sup>.

Dunque parte della dottrina sostiene che nel nostro ordinamento, quando ci si trovi in una situazione pericolosa, si può adottare una condotta che normalmente costituisce reato per salvare qualsiasi persona, anche nel caso in cui questa non abbia alcun vincolo con l'agente<sup>249</sup>.

Da un diverso punto di vista, si è poi sostenuto che il soccorso sarà giustificabile nei soli casi in cui il bene salvato risulti essere superiore rispetto a quello sacrificato<sup>250</sup>. Si è arrivati a tale conclusione in forza del fatto che, a prescindere da qualunque altra considerazione, si debba rispettare la proporzione tra fatto e pericolo, e cioè l'adeguatezza o l'apprezzabilità dell'azione necessitata alla stregua delle valutazioni proprie dell'ordinamento. In forza di tale principio, un medico A non potrà, per esempio, staccare

---

<sup>246</sup> Il caso in questione era stato presentato da BALESTRIERI M.- MONTICELLI S., *Caso in tema di stato di necessità e cannibalismo*, in IP, 1998, 519; recentemente su esso SIMPSON B. W.A., *Cannibalism and the Common Law*, Londra, 1994.

<sup>247</sup> Come in effetti avviene nelle ipotesi degli artt. 307, comma 4, 384 Cod. Pen. e dell'art. 35 StGB.

<sup>248</sup> MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit., 684.

<sup>249</sup> ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 245.

<sup>250</sup> Cfr. sulla questione con MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale*, cit., 242.

dall'apparecchio di rianimazione il ferito grave B, con rischio letale, per potervi attaccare il ferito C che si trova nella stessa circostanza pericolosa del primo paziente<sup>251</sup>.

Alla fine, per evitare delle conseguenze inaccettabili, come nell'esempio formulato poc'anzi, si decise di applicare al soccorso di necessità contemporaneamente due correttivi interpretativi (tra loro cumulativi) e cioè:

- Circoscrivere l'applicabilità del soccorso di necessità alle sole ipotesi in cui il rapporto di reciproca esclusione dei beni sia opera non tanto di un individuo soccorritore, ma del destino<sup>252</sup>. Di conseguenza, sarà esclusa l'operatività dello stato di necessità nel caso in cui la polizia, per ottenere delle informazioni indispensabili per impedire un attentato terroristico, decida di torturare la compagna del terrorista. Al contrario, però, si potrà invocare l'esimente in esame nell'ipotesi dei due naufraghi aggrappati ad una zattera nella quale si può salvare solo uno di essi.
- Valorizzare, da un punto di vista interpretativo, il requisito della necessità cogente: ciò significa che, a prescindere da un' eventuale relazione affettiva tra colui che è in pericolo e colui che salva, l'agente potrà ricorrere all'art. 54 solamente nei casi in cui sussista di fatto nel soccorritore una coercizione psicologica<sup>253</sup>.

In conclusione, dunque, per effetto dell'applicazione contemporanea di questi due correttivi, il confine che il soccorritore non può superare sarà quello di arrogarsi con una decisione arbitraria il potere di decidere il destino altrui a scapito di altri, sempre a condizione che i beni in conflitto siano di pari valore.

La seconda problematica ha origine, invece, dalla non divisibile prospettiva oggettivistica dello stato di necessità. Questo punto si rivela molto importante in tema di soccorso necessitato ed in modo più generale è

---

<sup>251</sup> ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 538.

<sup>252</sup> MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit., 684.

<sup>253</sup> Sulla questione PALAZZO A., *Corso di diritto penale, parte generale*, cit., 404.

collegato alla tesi che si sta discutendo, allorché si debba ragionare in tema di necessità medica<sup>254</sup>. Infatti, sono stati sollevati non pochi problemi collegati a vari casi che non trovano un preciso punto di riferimento all'interno della legge positiva. In particolare, uno dei temi più dibattuti riguarda il rifiuto di soccorso, e specificatamente nelle ipotesi dei trattamenti sanitari. A tal riguardo viene in considerazione la coazione attuata nei confronti di un soggetto per salvaguardare, contro la sua volontà, un suo bene<sup>255</sup>. La dottrina maggioritaria sostiene che, nel caso di beni indisponibili, il soccorso di necessità debba essere dovuto anche contro la volontà della persona soccorsa, risultando in tal caso irrilevante la manifestazione della volontà difforme dell'individuo in pericolo<sup>256</sup>.

Ancora, viene affermato che il soccorso di necessità deve applicarsi anche in quelle ipotesi in cui il bene in pericolo attiene alla sfera della personalità morale, nonché in quei casi in cui si reputa che lo stato di necessità vada riconosciuto a prescindere dalla consapevolezza della situazione pericolosa, qualora venisse da taluno messa in atto una condotta, catalogabile come reato, ma che oggettivamente sia considerabile come soccorso di necessità<sup>257</sup>.

Infine, bisogna chiarire che è necessario fare una distinzione: se il dissenso dell'individuo che necessita soccorso verte su beni indisponibili, la volontà contraria risulta essere irrilevante; se, invece, il dissenso ha per oggetto beni disponibili, allora la sua volontà sarà rilevante<sup>258</sup>.

A titolo di esempio, è utile ricordare una sentenza della Suprema Corte dell'anno 2010. I giudici di legittimità si erano espressi in merito ai trattamenti sanitari nei confronti dei tossicodipendenti: a tal riguardo, avevano affermato in via astratta che non è esclusa la possibilità di intervenire anche contro la

---

<sup>254</sup> RONCO M., in RONCO M.- ROMANO B., *Codice Penale commentato*, cit., 21.

<sup>255</sup> RONCO M., in RONCO M.- ROMANO B., *Codice Penale commentato*, cit., 21.

<sup>256</sup> PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit., 281.

<sup>257</sup> GROSSO C.F., *Necessità*, cit., 892.

<sup>258</sup> AZZALI G., *Stato di necessità*, cit., 371.

volontà dell'individuo che si trovi in una situazione di pericolo di vita. Di fatto, in via concreta, questa possibilità fu esclusa non essendo stati ravvisati, per un verso o per un altro, i requisiti della scriminante. Infatti, la Suprema Corte ha affermato che “nella specie è stata esclusa l'esimente di cui all'art. 54 cod. pen.- nei confronti dell'imputato del reato di cui all'art. 605 cod. pen., il quale aveva rapito, prelevandola a forza dalla sua abitazione con corde e manette per trasportarla in un diverso domicilio, ove permaneva per quattro giorni, una ragazza al fine di sottrarla alla dipendenza dalla cocaina- in ragione dell'artt. 32 e 13, comma 4, Cost.- che vietano rispettivamente i trattamenti sanitari obbligatori e le violenze fisiche o morali sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà”<sup>259</sup>.

Solo nel caso in cui il paziente non riesca ad esprimere il proprio consenso può ipotizzarsi che la condotta del medico sia scriminata dal soccorso di necessità e questo vale sia per i beni disponibili che per quelli indisponibili. La conseguenza inevitabile di una tale situazione è che l'intervento per salvare la vita al paziente costituisce per il medico un dovere<sup>260</sup>.

Più complessa diventa la situazione, qualora il medico possa superare il rifiuto di trattamento tramite lo stato di necessità<sup>261</sup>. La più recente dottrina reputa che il fondamento dell'attività medico- chirurgica sia il consenso competente ed informato del paziente ed esclude che la situazione di pericolo possa essere usata dal curante per violare il principio di autodeterminazione sanitaria del malato<sup>262</sup>. L'orientamento prevalente della giurisprudenza tende a porsi in sintonia con la posizione dottrinale, a sostegno della quale si possono ricordare

---

<sup>259</sup> Cass. Pen., Sez. V, 30 aprile 2010, n. 26159., in *One Legale*.

<sup>260</sup> Cfr. con PULITANÒ D., *Diritto Penale*, Torino, 2013, 269.

<sup>261</sup> COCCO G.- AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 200.

<sup>262</sup> ASTORINA MARINO P., *Equilibri e incertezze normative in caso di intervento sanitario contro la volontà del paziente*, 2016, 302; CANESTRARI S., *Consenso, rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari. Audizione presso la Commissione affari sociali della camera dei deputati (28 Aprile 2016)*, *Riv. dir. proc. pen.*, 2016, 1203; CUPELLI C., *Responsabilità colposa e “accanimento terapeutico consentito”*, Cass. Pen. 2011, 2951; VIGANO F., *Emotrasfusione nonostante il dissenso del paziente testimone di Geova: assolti i medici per errore inevitabile sulla legge penale*, d.P.C. 2013, 24.

due interessanti provvedimenti. Il primo riguardava dei medici che avevano fatto delle emotrasfusioni ad un paziente che aveva rifiutato tale trattamento perché era un testimone di Geova. In tale circostanza era stato esplicitamente affermato che, nel nostro ordinamento non vi è alcuna forma di “soccorso di necessità coattivo”<sup>263</sup>. Il secondo provvedimento, invece, riguarda una pronuncia del 2015, emessa in un caso in cui un medico aveva inserito il catetere al paziente sebbene questo avesse manifestato il suo dissenso. Nel caso in questione, nonostante non ci fossero le condizioni per poter legittimare l’uso della scriminante *ex art. 54*, la sentenza ha comunque esplicitamente escluso che il medico possa intervenire, utilizzando come presupposto lo stato di necessità, col fine di superare il dissenso del paziente<sup>264</sup>.

Per concludere, appare corretto affermare che, nell’ambito del soccorso di necessità, a causa della forma oggettiva e generalizzata dell’art. 54 non è sempre facile comprendere quali siano i confini applicativi dell’esimente in esame. In particolare, decidere se agire o meno, nell’ambito dei trattamenti sanitari, oltre alle difficoltà che possono insorgere dal punto di vista legale, può comportare delle difficoltà di scelta anche sotto un aspetto prettamente etico. Quale è la scelta migliore, e di converso, quale è la scelta che causerà il minor danno alle persone coinvolte? Questi e tanti altri sono gli interrogativi che i medici si sono posti non solo durante la recente pandemia, ma anche nell’attività di tutti i giorni.

## **Par. 6. Il dovere di esporsi al pericolo e lo stato di necessità determinato dall’altrui minaccia: il costringimento psichico**

Dopo aver indicato nel comma 1 dell’art. 54 tutti i requisiti necessari per poter applicare lo stato di necessità, il comma 2 della stessa norma contiene una

---

<sup>263</sup> Gip Trib. Torino, 15 Gennaio 2013, n.14446, in *One Legale*.

<sup>264</sup> Cass. Pen., Sez. V, 18 marzo 2015, n. 3891, in *One Legale*.

precisazione in ordine alla volontà del legislatore: “questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo”.

Con questa disposizione si costruisce un’eccezione di estrema importanza: i soggetti che hanno un particolare dovere di esporsi al pericolo non possono infatti invocare lo stato di necessità. Questo genere di situazione si verifica quando è posto a capo di un soggetto uno specifico obbligo giuridico di esporsi al pericolo, il cui inadempimento comporta una sanzione giuridica<sup>265</sup>.

Questo dovere, deve avere un’origine ben definita: la fonte di esso risiede nella legge, in un regolamento o in un contratto (sia nell’ambito privatistico, che pubblicistico). A tal riguardo, basta pensare ad alcune figure quasi “eroiche” del nostro quotidiano: il vigile del fuoco, il comandante di una nave, un poliziotto,...<sup>266</sup> Il dovere si potrà instaurare solo quando esistano particolari qualifiche di determinati soggetti, che abbiano una abilità peculiare nel compiere attività pericolose, o rispetto a categorie di persone che in modo consapevole abbiano deciso di fare delle attività che siano socialmente utili, ma inesorabilmente esposte ad un rischio superiore al normale.

Il comma 2 dell’art. 54 segue una *ratio* che è improntata ad una logica general-preventiva<sup>267</sup>; pertanto, seguendo questa logica, diventa estremamente importante per il destinatario del dovere giuridico assumere, in via spontanea o per legge, una posizione di garanzia (posizione di protezione)<sup>268</sup>. A sua volta, ciò che deriva da questa posizione di protezione è una necessaria responsabilizzazione degli obbligati. Infatti, questo passaggio è irrinunciabile per l’ordinamento e non soffre neppure del limite offerto dalla situazione eccezionale che potrebbe sopravvenire da qualche specifica ipotesi di stato di necessità. Di norma, questi soggetti “garanti” vengono considerati, sia dal comune sentire, sia dalla legge, come individui che possiedono un alto livello di

---

<sup>265</sup> In questi termini si esprime ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 539.

<sup>266</sup> ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 539.

<sup>267</sup> Cfr. con GROSSO C.F., *Necessità*, cit., 892.

<sup>268</sup> MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit., 685.

sopportazione anche in situazioni difficili, che per una persona normale potrebbero essere considerate come troppo estreme. Ancora, si reputa che questi protettori siano in grado di sostenere il peso di situazioni che, nella normalità dei casi, alterano il processo di formazione della volontà. In forza di queste ragioni, la legge prevede l'esclusione dell'articolo 54 cod. nei confronti di costoro: si vieta così l'applicazione dell'esimente in presenza di scopi che sono collegati ad una funzione teleologica di meritevolezza di pena di una condotta adottata da soggetti qualificati e tenuti ad esporsi al pericolo<sup>269</sup>.

In verità non si tratta di un limite assoluto, né privo di eccezioni. Innanzitutto, la scriminante può essere invocata nei casi in cui i protettori compiano un fatto con la finalità di salvare qualcuno e a condizione che la condotta sia proporzionata al pericolo<sup>270</sup>.

In seconda battuta, l'esimente può essere utilizzata quando il pericolo che il garante si trova a dover affrontare non rientra tra quelle situazioni che egli è tenuto ad affrontare<sup>271</sup>. Per esempio, nella recente pandemia i medici, comandati dall'Autorità sanitaria, erano tenuti ad esporsi al pericolo di contagio che derivava dallo svolgere le proprie mansioni e a stare a contatto con i pazienti infetti; per converso, non si può chiedere ad un dottore di inseguire un criminale evaso di prigione per arrestarlo.

Infine, c'è una terza eccezione al limite di applicabilità imposto dal comma 2, art. 54 cod. pen.: nonostante quanto venga affermato dalla norma, si potrà applicare lo stato di necessità anche ai soggetti che sono tenuti ad esporsi al pericolo quando, per evitare un danno grave alla propria persona, ledono dei beni personali o patrimoniali di terzi che però risultino in concreto di minor valore rispetto a quello protetto. La *ratio* di tale scelta è ovvia: si può fare

---

<sup>269</sup> MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit., 685.

<sup>270</sup> Arrivano ad una conclusione conforme a quanto affermato GROSSO C.F., *Necessità*, cit., 892; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit., 435.

<sup>271</sup> ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 540.

ricorso allo stato di necessità perché la commissione del fatto potrebbe esporre il soggetto a morte quasi certa<sup>272</sup>.

Infine, c'è un ultimo punto di estrema importanza che è necessario trattare. A fronte del silenzio della norma in dottrina è molto discusso se un individuo, che sia tenuto ad esporsi al pericolo, possa o meno beneficiare a propria volta del soccorso di necessità<sup>273</sup>. Un simile esito culminerebbe a vantaggio del protettore con il sacrificio del bene del terzo. Per comprendere meglio la questione basterà fare un esempio: si ponga il caso che in un edificio scoppi improvvisamente un incendio; mentre il fuoco divampa in ogni direzione, un soggetto A, estraneo al pericolo, decide di correre nel cuore delle fiamme perché ha sentito delle grida di aiuto; in pericolo ci sono due individui: B e C. B è un vigile del fuoco e viene salvato da A, ma salvando B, C viene condannato a morte certa perché poco dopo le macerie crollano su di lui schiacciandolo. Come si può intuire, di fronte una situazione del genere, la scelta non è facile e poco importa che uno sia un pompiere e l'altro un civile. Da un punto di vista generale, in entrambi i casi si parla di vite umane ed entrambe sono sullo stesso piano quanto ad importanza. In forza anche di ciò, dunque, sarebbe da preferire la soluzione affermativa: il garante che si trova in pericolo può beneficiare del soccorso di necessità. Questa decisione appare condivisibile perché la condizione di tali soggetti ci sembra che sia plausibilmente da accomunare a quella del terzo che ha causato volontariamente il pericolo: infatti, anche costui può essere salvato dall'interveniente<sup>274</sup>.

Argomento che era stato brevemente toccato, ma non analizzato, nel paragrafo 4.1. è l'analisi dello stato di necessità determinato dall'altrui minaccia o costringimento psichico. Questa peculiare forma di costrizione è

---

<sup>272</sup> Per conclusioni analoghe DE FRANCESCO G.V., *La proporzione*, cit., 332; HENKEL H., *Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht*, Monaco, 1932, 132; VON WEBER H., *Das Notstandsproblem und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925*, Lipsia, 1925, 92.

<sup>273</sup> COCCO G.-AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 202.

<sup>274</sup> Cfr. PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit., 435; GROSSO C.F., *Necessità*, cit., 892. Contro questa posizione è, invece, FROSALI R.A., *L'errore nella teoria*, cit., 335.

prevista dal Codice, all'art. 54, comma 3, che recita "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".

Ora, il costringimento psichico è caratterizzato dalla presenza di una coazione morale e dunque, come tale, esso non è assolutamente da confondersi con il costringimento fisico previsto dall'art. 46 del cod. pen. ("non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato da altri costretto, mediante violenza fisica, alla quale non poteva resistere o comunque sottrarsi"), caratterizzato da una *vis compulsiva*.

Inoltre, è necessario che, sul piano delle conseguenze civilistiche, lo stato di necessità e la legittima difesa non combacino. Infatti, stando a quanto previsto dall'art. 2045 cod. civ., solo nel caso previsto dall'art. 54 al danneggiato è dovuta un'indennità, stabilita dal giudice con equo apprezzamento. Questa distinzione si spiega in forza del fatto che, diversamente dalla condotta tenuta durante la legittima difesa, nello stato di necessità l'azione comporta un danno per un individuo che non è responsabile della situazione pericolosa<sup>275</sup>.

In particolare, la specifica forma di costrizione in esame si riferisce all'ipotesi in cui, nella realtà della vita, un individuo prospetterà (tramite una minaccia) ad un soggetto un pericolo attuale di un pregiudizio grave alla persona e quest'ultima, per salvarsi, si troverà nella condizione di non avere altra scelta se non quella di ledere un bene giuridico altrui<sup>276</sup>. Tuttavia, la persona minacciata che, così stando le cose, dovesse contro la propria volontà commettere un reato, potrà avvalersi della scriminante qualora in quella situazione siano riconoscibili tutti i requisiti dello stato di necessità imposti dal Codice (attualità del pericolo, danno grave, non volontaria causazione del pericolo, costrizione, inevitabilità e proporzionalità). Un tipico esempio di un

---

<sup>275</sup> COCCO G.- AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 200.

<sup>276</sup> ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 540.

soggetto che non verrebbe punito poiché costretto a reagire con la condotta da lui in concreto adottata è offerto dall'ipotesi dell'automobilista, il quale provoca un incidente perché spinto a correre con la macchina sotto la minaccia di un ladro che dal sedile del passeggero gli punta una pistola alla tempia<sup>277</sup>. Inoltre, non solo il minacciato potrà usufruire della scriminante, ma sarà colui che ha compiuto la minaccia a dover rispondere del fatto realizzato da chi non ha avuto alcuna scelta. A sostegno di quanto appena affermato, e cioè che a rispondere del reato sarà colui che ha fatto la minaccia, si può ricordare un fatto a dir poco aberrante accaduto nel 2003. Una donna era stata vittima di ripetuti stupri da parte del suocero e, quando decise di confessare tutto al marito, questi dopo lo shock iniziale affermò che il padre, in quanto tale, poteva permettersi questo e altro. Seguì successivamente un tentativo di suicidio da parte della moglie e il marito, per insabbiare tutto, convinse la moglie e la cognata a dichiarare che l'atto era stato causato non per gli episodi di stupro, ma in seguito ad una lite con la cognata. Naturalmente, il giudice si espresse in favore della moglie. Ebbene, in questa rivista si affermava: “possiamo, così, ricordare, molto schematicamente, gli artt. 46 (costringimento fisico), 54, comma 3 (costringimento psichico), 86 (determinazione in altri dello stato d'incapacità, allo scopo di fargli commettere un reato) e, per l'appunto, l'art. 111 cod.pen. (determinazione al reato di persona non imputabile o non punibile). In ognuna di queste ipotesi sarà sempre l'autore mediato a rispondere del reato (a volte: con la pena aumentata), mentre l'autore materiale, mero strumento esecutivo del reato stesso, andrà esente da pena, seppur, di volta in volta, per diverse e distinte ragioni”<sup>278</sup>.

Diversa sarà la situazione nel caso in cui il minacciato si possa considerare come un concorrente del reato con conseguente applicazione degli artt. 110 e ss.

---

<sup>277</sup> Sul punto si rinvia a COCCO G.- AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 202.

<sup>278</sup> Per un approfondimento sul caso specifico, si rinvia a PITTARO P., *Famiglia e diritto*, in *tema di concorso in (morale) nella violenza sessuale - il commento*, n.6, 1 Novembre 2003, 544.

previsti dal Codice Penale. Basta pensare alla semplice intensità della minaccia: nel caso di una pressione psicologica meno intensa di quella prevista dal Codice, e quindi non avendo ad oggetto il pericolo di un danno grave alla persona, non si potrà usufruire della esimente, potendo così sussistere una corresponsabilità tra minacciato e minacciante nel reato commesso. Così, per esempio, non basterebbe a giustificare il reato di falso compiuto da un dipendente dell'azienda che avrebbe agito in tal modo perché sotto minaccia del suo capo. Diversamente, se un individuo venisse sequestrato da dei terroristi e, sotto minaccia di un danno grave alla propria persona, svelasse dei segreti di Stato, potrebbe avvalersi dello stato di necessità<sup>279</sup>.

In aggiunta, sebbene il comma 3 non richiami in modo esplicito il comma 2 del medesimo articolo, in dottrina come in giurisprudenza, è pacifico che si possa scriminare anche il coattato che abbia il dovere giuridico di esporsi al pericolo<sup>280</sup>.

Invero, questa peculiare forma di coazione morale che si sta esaminando e che fa derivare il pericolo rilevante da una "fonte qualificata" (la minaccia), rappresenta il corpo estraneo all'interno di un'interpretazione strettamente oggettiva dello stato di necessità. In effetti, il costringimento psichico non può essere ricondotto ai classici canoni del bilanciamento degli interessi in conflitto<sup>281</sup>. La minaccia viene reputata un elemento talmente specifico e differenziante da condurre la dottrina a considerare il comma 3 dell'art. 54 come un'ipotesi speciale di scusante<sup>282</sup>. In forza di questa peculiarità, discendono due requisiti obbligatori: innanzitutto, il soggetto dovrà effettivamente aver percepito la minaccia; inoltre, egli dovrà aver avvertito necessariamente la costrizione. A ciò si aggiunge un'altra conseguenza,

---

<sup>279</sup> ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 540-541.

<sup>280</sup> Cfr. sul punto la posizione di FROSALI R.A., *L'errore nella teoria*, cit., 335; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit., 435.

<sup>281</sup> MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit., 685.

<sup>282</sup> Sul punto MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 278; PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 1995, 309 ss..

egualmente peculiare: la scusante non potrà essere estesa al terzo che ha cooperato nel fatto compiuto dal minacciato. Quanto appena affermato, tuttavia, potrà valere solo in una situazione che possa essere definita come normale. Infatti, nelle circostanze prospettate la non punibilità non è comunicabile al terzo che risulterà essere concorrente nel fatto necessitato e ciò in forza dell'articolo 119, comma 1, cod. pen., là dove stabilisce che “le circostanze soggettive, le quali escludono la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato hanno effetto soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono”<sup>283</sup>, trattandosi di circostanza soggettiva<sup>284</sup>. Diversamente, nelle ipotesi non ricadenti nell'ambito di applicazione della norma citata, la scusante dovrà essere estesa anche al terzo, qualora vi sia anche per quest'ultimo la ricorrenza di impensabili riflessi di pari cogenza<sup>285</sup>.

Tutto ciò non toglie comunque il fatto che in dottrina ci sia ancora qualche Autore che reputa che il costringimento psichico rientri tra le cause di giustificazione; e che sia una peculiare forma di scriminante nella cui struttura rileva in ogni caso un coefficiente psicologico della persona<sup>286</sup>.

Per quanto attiene, invece, alla giurisprudenza, essa ha sempre affermato in modo costante che lo stato di necessità causato dall'altrui minaccia vada escluso in determinati casi e cioè in tutte quelle volte in cui la persona minacciata ha la possibilità di sottrarsi alla costrizione attraverso il ricorso alla Pubblica Autorità<sup>287</sup>. A titolo di esempio si può ricordare una sentenza della Suprema Corte del 2016, in cui si era esclusa la possibilità di applicare l'art. 54 ad un amministratore di diritto di una società che aveva sottoscritto delle fatture per delle operazioni inesistenti sotto la minaccia di licenziamento da parte dell'amministratore di fatto. In tale circostanza la Corte si era così

---

<sup>283</sup> Art. 119, comma 1, Cod. Pen..

<sup>284</sup> Sullo stesso punto si è pronunciato SPASARI T., *Profili di teoria generale del reato in relazione al concorso di persone nel reato colposo*, Milano, 1956, 61 ss..

<sup>285</sup> ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 540.

<sup>286</sup> Cfr. con l'opinione di GROSSO C.F., voce *Necessità*, cit., 895.

<sup>287</sup> COCCO G.- AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 203.

espressa: “La condotta dell'amministratore di diritto, consistita nel rilascio di fatture per operazioni che si sanno essere inesistenti, nonché di false attestazioni liberatorie di ricevuti pagamenti, in quanto a ciò asseritamente costretto dall'amministratore di fatto, non può in alcun modo ritenersi di marginale rilevanza ai fini della integrazione del reato previsto e punito dall'art. 8, D.Lgs., n. 74 del 2000, tale da determinare l'operatività della circostanza attenuante del contributo concorsuale di minima importanza, *ex art. 114 cod.pen.*. L'anzidetta circostanza, invero, trova applicazione nella sola ipotesi in cui l'apporto del correo risulti così lieve da apparire, nell'ambito della relazione di causalità, quasi trascurabile e del tutto marginale”<sup>288</sup>.

In un altro caso del 2015, invece, la causa di giustificazione è stata riconosciuta. Era accaduto che una cittadina straniera, ridotta in schiavitù, era stata costretta a prostituirsi e a commettere atti osceni in luogo pubblico, temendo per la propria vita e incolumità fisica. La Suprema Corte si espresse a favore della donna affermando che “non è punibile per aver agito in stato di necessità la persona che abbia commesso il delitto di atti osceni in luogo pubblico quando, al momento del fatto, la stessa era vittima del delitto di riduzione in schiavitù, di prostituzione coatta e di altri gravi delitti contro la persona, accertati con sentenza passata in giudicato.”<sup>289</sup>.

Malgrado la divaricazione interna all'articolo 54, tra costrizione *ex comma 1* e costrizione *ex comma 3*, convinca una buona parte della dottrina, essa non appare pienamente condivisibile. Questo perché, di fatto, ciò che accade è che tale elemento strutturale della scriminante ( che a livello di requisiti non differisce in alcun modo dagli altri presupposti richiesti) opera in modo diverso solo perché vi è una fonte qualificata del pericolo. In effetti, non si comprende come la costrizione dovrebbe impattare in modo diverso sulla capacità di determinazione del soggetto che la subisce solo perché è derivata dalla

---

<sup>288</sup> Cass. Pen., Sez. III, 20 settembre 2016, n. 47972, in *One Legale*.

<sup>289</sup> Cass. Pen., Sez. III, 16 luglio 2015, n. 40270, in *One Legale*.

minaccia umana. Di conseguenza, va confermato quanto richiesto da questa scusante, ossia il fatto che il costringimento abbia un'incidenza tale da interferire con la signoria dell'individuo. Viceversa, quando il pericolo è di fonte "naturale", o comunque diverso dalla minaccia altrui, il problema di verificare l'incidenza non si pone, venendo in rilievo una normale giustificante<sup>290</sup>. Tutto ciò porta a confermare una conclusione che era stata affermata in precedenza al paragrafo 4.1<sup>291</sup> e cioè il che non è plausibile un'interpretazione oggettiva pura dello stato di necessità, in quanto non è possibile non tenere in considerazione l'aspetto soggettivo della costrizione e questo vale anche in riferimento al comma 1 dell'art. 54<sup>292</sup>. In definitiva, lo stato di necessità, preso nel suo insieme, e avente dunque carattere misto, potrebbe presentare in singoli casi la *ratio* della non punibilità nella "non esigibilità" della condotta alternativa lecita (e questo potrebbe accadere, per esempio in quei casi in cui vi è un conflitto di doveri irrisolvibile perché in gioco ci sono due identici beni della vita), prevalendo dunque il carattere di scusante in senso tecnico<sup>293</sup>.

In conclusione, l'art. 54, comma 3, cod. pen. delinea un'ipotesi estensiva della responsabilità e lo fa in modo diverso rispetto al disposto dell'art. 611 cod. pen. ("chiunque usa violenza o minaccia per costringere o determinare altri a commettere un fatto costituente reato è punito con la reclusione fino a cinque anni"<sup>294</sup>), sanzionando già l'offesa alla libertà morale del soggetto passivo senza prendere in considerazione i reati che questo ha commesso. La distinzione tra le due norme consiste nel fatto che, in forza dell'art. 611, viene autonomamente incriminato l'uso della violenza o della minaccia che ha come fine quello di far commettere a qualcun altro un reato; al contrario, per poter invocare il comma

---

<sup>290</sup> MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit., 686.

<sup>291</sup> Cfr. Cap. 2, par. 4.1.

<sup>292</sup> Sul punto cfr. con MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale*, cit., 278, PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 30. Vedi inoltre VIGANÒ F., *Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, Padova, 2005, 128.

<sup>293</sup> MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, cit., 686.

<sup>294</sup> Art. 611 Cod. Pen..

3 dell'art. 54, occorre che venga effettivamente commesso un reato, che allora costituirà il risultato ottenuto proprio attraverso la coazione morale della minaccia<sup>295</sup>.

## **Par. 7. Il conflitto di doveri con altre scriminanti e l'operatività dello stato di necessità**

In dottrina è emerso il problema dei rapporti fra lo stato di necessità e le altre scriminanti disciplinate dal Codice penale e in particolare con l'esercizio di un diritto o adempimento di un dovere e con la legittima difesa, rispettivamente previste dagli artt. 51 e 52.

Come già abbiamo potuto vedere nel paragrafo 3.1, la situazione di pericolo può avere diverse fonti, ma, per ragioni di razionalità del sistema, la fonte non può coincidere con una condotta che sia stata positivamente autorizzata dall'ordinamento. Ed in effetti sia la scriminante prevista dall'art. 51, sia quella normata dall'art. 52, si traducono in azioni autorizzate dalla legge<sup>296</sup>.

Per quanto attiene al rapporto con l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere, alcuni Autori reputano che non sia possibile, per chi reagisca ad un'azione positivamente autorizzata dall'ordinamento, riconoscere lo stato di necessità<sup>297</sup>. Si metta il caso di un ladro che sta per essere arrestato da un poliziotto: non avrebbe alcun senso che il malfattore fosse in grado di invocare l'esimente *ex art. 54* per giustificare un'eventuale aggressione ad un passante, compiuta per sfuggire alla propria cattura.

La situazione si complica quando un soggetto si trova di fronte a quelle che per comodità si possono definire come "scelte tragiche" e per rispettare un obbligo di salvataggio, viola necessariamente un altro obbligo/ dovere. In questo genere di ipotesi insorge il c.d. conflitto di obblighi (o di doveri). In questa materia, il

---

<sup>295</sup> Analogamente si esprime MARINI G., *Delitti*, cit., 359.

<sup>296</sup> ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 541.

<sup>297</sup> ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 577.

conflitto può essere dei più vari e può instaurarsi tanto tra due obblighi di azione, quanto tra un dovere di azione ed uno di omissione<sup>298</sup>. A titolo di esempio, si può portare una situazione che nel successivo capitolo verrà considerata più nello specifico. Nel 2020, nel cuore della pandemia da Covid- 19 vi era carenza di strumenti per fare ricorso ai bisogni di tutti, in particolare per quanto atteneva ai respiratori; pertanto, uno dei casi più comuni nei reparti di terapia intensiva era il seguente: il medico A si trovava di fronte due pazienti, entrambi in condizioni gravi di salute ed entrambi che necessitavano del respiratore; ma egli aveva a sua disposizione un solo respiratore ed un solo posto libero<sup>299</sup>.

La domanda sorge spontanea: come fare per scegliere? Quale scriminante dovrebbe prevalere e quale bene dovrebbe essere salvato? A tal riguardo si è ritenuto che il criterio per effettuare la scelta debba essere quello dell'interesse prevalente (che consiste nel dare la precedenza all'individuo che ne ha maggior bisogno) o in alternativa della maggior possibilità di soccorso. La questione si rende più complessa nel caso in cui le circostanze in esame siano equivalenti. In tal caso, il modo migliore per decidere potrebbe essere quello di utilizzare o il criterio della maggiore urgenza o quello della priorità temporale (intendendosi con questo il semplice principio di "chi per primo arriva, meglio alloggia")<sup>300</sup>.

Quanto al rapporto con la legittima difesa, invece, bisogna fare una premessa assai rilevante, e cioè che lo stato di necessità si differenzia da questa sotto tre profili molto importanti:<sup>301</sup>

- Innanzitutto, ne differisce per quanto attiene alle premesse, poiché con la propria condotta l'agente lede il diritto non di un aggressore, ma di un

---

<sup>298</sup> Cfr. con VIGANÒ F., *Un contributo*, cit., 151; parzialmente differente è la posizione di LENCKNER T., *Der rechtfertigende Notstand*, Berlino, 1965, 5; ROXIN C., *Strafrecht*, cit., 489.

<sup>299</sup> Per un esempio simile e degli altri esempi sul conflitto di doveri, si rimanda a ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 542.

<sup>300</sup> MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 242. Diversamente la pensa ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 578, che reputa che la violazione di uno dei doveri è giustificata in ogni caso dall'adempimento dell'altro obbligo/ dovere.

<sup>301</sup> MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 241; PALAZZO A., *Corso di diritto penale*, cit., 402.

terzo innocente che, in quanto tale, non aveva causato la situazione pericolosa.

- In seconda battuta, la scriminante *ex art. 54* si differenzia dato che deve trattarsi di diritti personali e deve sussistere il pericolo di un danno grave e non volontariamente causato.
- Infine, lo stato di necessità si differenzia nelle conseguenze, dato che, nell'ambito civile, lascia residuare l'onere di versare un equo indennizzo al soggetto pregiudicato (come è previsto dall'art. 2045 cod. civ.).

Fatte queste necessarie premesse, occorre ora scendere più nel dettaglio e distinguere tra diverse possibili situazioni. La prima circostanza è la più semplice ed intuitiva: se una persona viene aggredita e, giustamente, reagisce in legittima difesa, l'aggressore non può utilizzare lo stato di necessità perché è stato lui a causare la situazione di pericolo. In effetti, l'assalitore non può considerarsi coperto dall'art. 54 (né da una qualsiasi altra scriminante) quando il pericolo del danno grave alla sua persona viene causato da chi sta difendendo sé stesso o un terzo nei suoi confronti<sup>302</sup>. A tal riguardo, si può ricordare una sentenza del 2005: in tale circostanza, un uomo aveva tentato il furto di un'auto, ma per sua sfortuna il proprietario del veicolo si era difeso ferendolo. Costui aveva tentato di invocare lo stato di necessità, ma, come si può immaginare, non trovò durante il processo il sostegno che sperava. Infatti, la Suprema Corte si era espressa affermando che “ai fini della configurabilità dell'esimente dello stato di necessità (art. 54 cod. pen.), il pericolo che ne costituisce il presupposto non deve essere cagionato dal soggetto che compie l'intervento necessitato e, quindi, deve essere indipendente dalla volontà dell'agente, con la conseguenza che questi non deve avere volontariamente o colposamente determinato la situazione pericolosa. Non sussistono, pertanto, gli estremi della causa di giustificazione di cui all'art. 54 cod. pen. allorché la

---

<sup>302</sup> ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 541.

situazione di pericolo per l'integrità fisica dell'imputato sia derivata dalla scelta di compiere un furto e sia, pertanto, riconducibile alla stessa condotta illecita dell'agente che abbia provocato la reazione (nella specie, del proprietario del veicolo di cui era stata tentata la sottrazione)”<sup>303</sup>.

La seconda situazione, alquanto diversa rispetto alla prima, avviene allorché la reazione necessitata viene rivolta contro un terzo estraneo. A questo riguardo, è necessaria un'ulteriore distinzione. Se l'agredito risponde con una reazione rivolta verso un terzo non aggressore, si afferma che questo stia agendo in stato di necessità (premessi ovviamente che sussistano tutti i requisiti richiesti dalla norma). Al contrario, se colui che viene aggredito rivolge la sua reazione direttamente contro l'aggressore, si sostiene che questa condotta viene adottata in condizioni di legittima difesa. A questo proposito, c'è da dire che anche l'art.52 (come accade anche per lo stato di necessità, dovrà sempre essere rispettata la proporzione tra la difesa e l'offesa) può essere invocato contro chi agisce in stato di necessità, in quanto l'azione necessitata è sì lecita, ma non è positivamente autorizzata<sup>304</sup>. Pertanto, ciò che ne deriva è un'offesa giusta e *non iure*<sup>305</sup>.

A sostegno di quanto appena detto, si possono portare due diversi esempi, simili fra loro. Innanzitutto, si metta caso che un civile A, inseguito da un ladro B, prenda in ostaggio un terzo C e usi il suo corpo come se fosse uno scudo. La seconda ipotesi, invece, prevede che, per fuggire dall'aggressore B, il civile A si introduca nell'abitazione di C. Entrambe le situazioni vanno risolte utilizzando il criterio di proporzione tra difesa e offesa, questo perché come è stato precedentemente affermato, la legittima difesa può essere invocata contro chi agisce in stato di necessità (visto che l'azione necessaria è sì lecita, ma non è

---

<sup>303</sup> Cass. Pen., Sez. V, 23 marzo 2005, n. 16012, in *One Legale*.

<sup>304</sup> Anche nell'ambito del diritto civile si parla di “indennità” e non di risarcimento: è cioè previsto un atto lecito dannoso. Cfr. sul punto con MOLARI A., *Profili*, cit., 150. Contro GROSSO C.F., *Difesa*, cit., 127.

<sup>305</sup> Cfr. l'art. 52 cod. pen.. Ad una conclusione conforme arriva GROSSO C.F., *Difesa*, cit., 127; MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale*, cit., 268. Contro MOLARI A., *Profili*, cit., 160, ma anche 162-163.

positivamente autorizzata)<sup>306</sup>. Pertanto nel primo caso, C, preso in ostaggio da A, potrà a ben vedere adottare una condotta anche violenta in legittima difesa perché sta tutelando la sua integrità fisica e la sua libertà. Diversamente avverrà, invece, nel secondo esempio perché la violazione del domicilio, sebbene possa essere grave, non è paragonabile al valore del bene della vita. Di conseguenza, C non potrà ferire o addirittura uccidere A solo perché, mentre scappava, gli è entrato in casa per nascondersi<sup>307</sup>.

Il campo di operatività dello stato di necessità è già stato considerato precedentemente più volte. Infatti, si è già ricordato che, stando all'art. 59, comma 1, la scriminante può essere applicata anche nel caso in cui i requisiti necessari previsti dall'art. 54 cod. pen. siano per errore ignorati o ritenuti inesistenti. Al contrario, se l'agente riterrà, sussistenti i requisiti necessari, l'esimente verrà egualmente valutata in favore dell'individuo che si trovi in una situazione di pericolo (nello stesso modo si potrà anche ricorrere alla scusante *ex art. 54, comma 3, cod. pen.*)<sup>308</sup>.

A questo punto rimane da svolgere una breve trattazione su due residuali ambiti di applicazione della scriminante in esame. In particolare, occorre interrogarsi sul trattamento riservato agli animali ed a quello riservato agli stranieri che si trovano in una situazione di bisogno.

Per prima cosa, bisogna chiarire che l'art. 54 cod. pen. si applica per salvare sé od altri da un pericolo attuale e non per salvare da un pericolo attuale un animale. In altri termini, una persona non potrebbe mai invocare questa scriminante per essere giustificato da un reato commesso per salvare un animale<sup>309</sup>. Tuttavia, vi è una normativa speciale che prevede un'ipotesi particolare in cui lo stato di necessità si applica anche agli animali. Si sta alludendo alla disciplina contenuta negli artt. 156-177 del Codice della strada,

---

<sup>306</sup> Sul punto, si rinvia a ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 577.

<sup>307</sup> GEPPINO R., *Codice Penale Commentato*, in *De Jure*, Sub art. 54, 18.

<sup>308</sup> ROMANO M., *Commentario sistematico*, cit., 542.

<sup>309</sup> GEPPINO R., *Codice Penale Commentato*, cit., 18.

nonché agli artt. 1-5-6 d.m. 9 Ottobre 2012, n.217, del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti.

Innanzitutto, per quanto riguarda la definizione, un animale viene considerato in stato di necessità (a norma dell'art. 6 d.m. n.217/2012) quando presenta dei sintomi che sono ricollegabili a degli stati patologici precisi:

- a) trauma grave o malattia con compromissione di una o più funzioni vitali; è sufficiente che il trauma/ malattia provochi l'impossibilità di spostarsi autonomamente o di deambulare senza aiuto.
- b) la presenza di ferite aperte, emorragie, prolasso.
- c) alterazione dello stato di coscienza e convulsioni.
- d) alterazioni del ritmo cardiaco o respiratorio.

Per quanto attiene, invece, al trasporto dell'animale che si trova in stato di necessità (essendo presente dunque uno dei requisiti citati), l'art. 6 d.m. n.217/2012 disciplina due situazioni diverse:

- a favore di normali conducenti di veicoli che trasportano animali feriti o ammalati gravi: i conducenti sono esentati dal dovere di rispettare i divieti e le limitazioni che riguardano l'uso dei dispositivi di segnalazione acustica (previsti dai commi 1, 2 e 3, art. 156, cod. strad.), per i quali la conseguenza successiva è una sanzione amministrativa (pagamento di una somma di denaro).
- a favore dei conducenti di autoambulanze veterinarie, che sono destinate al soccorso e al trasporto degli animali che si trovano in stato di necessità (ma possono essere destinate anche al recupero di animali che costituiscono intralcio o pericolo stradale), e come tali sono quindi dotate di specifici strumenti e attrezzature di trasporto e assistenza. In questo caso, i conducenti sono autorizzati ad utilizzare dispositivi acustici supplementari di allarme e altri dispositivi supplementari di segnalazioni visiva a luce lampeggiante, solo ed esclusivamente quando si trovino a svolgere i servizi urgenti di istituto collegati al soccorso od al

trasporto di animali in stato di necessità. Inoltre, questi ultimi dovranno essere portati d'urgenza verso strutture veterinarie, pubbliche o private, specificatamente adibite per fare fronte ai problemi di salute degli animali. Si aggiunge che sia il soccorso, che il trasporto deve essere stato preventivamente richiesto da parte di un medico veterinario oppure, qualora ciò non fosse possibile, è richiesto che un medico veterinario abbia (successivamente al soccorso o al trasporto) accertato lo stato di necessità dell'animale. Infine, qualora il conducente venisse fermato per un controllo della polizia stradale, egli sarà tenuto ad esibire la richiesta scritta di soccorso o trasporto; in mancanza di questa, il conducente dovrà esibire la certificazione riguardante lo stato di necessità dell'animale, rilasciata da un medico veterinario<sup>310</sup>.

La disciplina appena delineata è molto rigorosa e restrittiva, in quanto nei confronti dell'agente privato, che si trova nella situazione di soccorrere un animale, si esclude solamente l'obbligo di osservare i divieti e le limitazioni riguardanti l'uso degli strumenti di segnalazione acustica, evitando di conseguenza la relativa sanzione amministrativa. Al contrario, i conducenti delle autoambulanze veterinarie possono utilizzare i dispositivi acustici supplementari di allarme e quelli di segnalazione visiva a luce lampeggiante<sup>311</sup>. La giurisprudenza di legittimità ha affermato che l'esclusione della responsabilità per violazioni amministrative derivante da stato di necessità, secondo l'art. 4 della legge n. 689/1981, postula (applicandosi gli articoli 54 e 59 del cod. pen.), una effettiva situazione di pericolo imminente di danno grave alla persona, oppure, l'erronea credenza di trovarsi in suddetta situazione causata da delle circostanze oggettive<sup>312</sup>. Di conseguenza, afferma la

---

<sup>310</sup> Art. 7, comma 1, d.m. 9 ottobre 2012, n. 217.

<sup>311</sup> GEPPINO R., *Codice Penale*, cit., 19.

<sup>312</sup> Art. 4, Legge del 24 novembre 1981, n. 689.

giurisprudenza, l'esimente in esame non può essere applicata quando in una situazione di pericolo ci si trovi un animale e non un individuo.

Tuttavia, nonostante la presenza di questa rigorosa normativa, la giurisprudenza di merito, in materia, ha allargato le maglie applicative dello stato di necessità, arrivando perfino a riconoscerne l'applicabilità in casi in cui i limiti di velocità non erano stati rispettati, adducendo argomentazioni spesso contrastanti con i principi fissati in via univoca dalla giurisprudenza di legittimità poc'anzi citata. L'estensione, infatti, sarebbe avvenuta sugli art. 54 del cod. pen. e gli artt. 3-4 della l. n. 689/1981, nonché sulla legislazione speciale in tema di maltrattamento degli animali. A titolo di esempio, si può ricordare una sentenza del 2015. In tale circostanza, un uomo aveva ricevuto una multa perché aveva violato i limiti di velocità stradale. La causa di tale violazione era da ritrovarsi nel fatto che l'uomo stava portando d'urgenza il proprio gatto dal veterinario. L'uomo ha anche fatto presente al giudice come sul territorio in cui si è svolto il fatto non esistessero mezzi di soccorso da poter eventualmente chiamare per il trasporto d'urgenza del felino, per cui era stato costretto. Il Giudice di pace si era espresso dicendo che “può ritenersi sussistente l'esimente dello stato di necessità in caso di pericolo di vita di un animale, non altrimenti evitabile, se non trasportando immediatamente l'animale presso una clinica veterinaria, e ciò anche sotto il profilo putativo, qualora la valutazione dello stato di pericolo trovi fondamento su materia squisitamente scientifica e tecnica, come quella sanitaria, non necessariamente al soggetto che invoca lo stato di necessità”<sup>313</sup>.

Da ultimo, occorre ora considerare il rapporto che sussiste tra l'art. 54 cod. pen. e l'art. 12, comma 2, d.lgs. n.286/1998 che dispone: “fermo restando quanto previsto dall'art. 54 del Codice penale, non costituiscono reato le attività di

---

<sup>313</sup> Giudice di pace di Chieti, 26 maggio 2011, n. 369, in *One Legale*.

soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato”.

Per quanto attiene al rapporto tra le due norme, si è ritenuto che, mentre per l'art. 54, la condotta (sia nel caso in cui l'individuo agisca per salvare sé stesso, sia nel caso in cui agisca in un' ipotesi di soccorso di necessità), è rigorosamente prevista nei suoi requisiti dalla norma, non si può dire lo stesso per la scriminante umanitaria. Infatti, nell'art. 12, comma 2, d.lgs. n. 286/1998, pur seguendo in via generale il modello del soccorso di necessità delineato dall'art. 54 cod. pen., le attività scriminate non richiedono gli stessi requisiti. In effetti, la scriminante umanitaria non impone che il soggetto terzo, verso cui viene esercitato il soccorso di necessità, si trovi in una situazione di pericolo (come nel caso dello stato di necessità), essendo sufficiente che la persona soccorsa versi in uno stato di bisogno. A tal riguardo, non sono necessari neppure i presupposti di danno grave alla persona, dell' attualità del pericolo, né della costrizione in cui l'agente deve agire. Presupposti, questi appena citati, propri dello stato di necessità<sup>314</sup>. Per questa serie di ragioni appena espresse, non si può che propendere per la conclusione secondo cui il richiamo all'art. 54 cod. pen., che viene fatto all'interno della scriminante umanitaria, sia del tutto inutile: innanzitutto, perché lo stato di necessità troverebbe applicazione a prescindere dalla presenza o meno del richiamo; inoltre, perché a parte l'evocata somiglianza al soccorso di necessità, le due ipotesi sono distinte sia per struttura, che per presupposti applicativi<sup>315</sup>.

Sul punto si è pronunciato il Tribunale di Agrigento nel 2010, che nel caso concreto in esame assolse tutti gli imputati perché il fatto non costituiva reato ai sensi dell'art. 530, comma 3, cod. proc. pen.. Tuttavia, in tale circostanza fu riconosciuta non la scriminante dello stato di necessità, ma quella

---

<sup>314</sup> GEPPINO R., *Codice Penale*, cit., 19.

<sup>315</sup> MARINO L., *Il soccorso dei migranti in mare. L'art. 54 cod. pen. e la speciale causa di giustificazione "umanitaria"*, in *Il Penalista. It*, 2018.

dell'adempimento di un dovere (art. 51 cod. pen.), imposta da una norma di diritto internazionale. Il giudice si era espresso affermando che “il comandante di una nave che in acque internazionali proceda al trasbordo di migranti extracomunitari, dopo il naufragio della loro imbarcazione 'di fortuna', e li conduca in salvo in un porto italiano, non risponde del delitto di 'favoreggiamento dell'immigrazione clandestina' perché agisce nell'adempimento di un dovere (art. 51 cod. pen.) imposto da norme del diritto internazionale”<sup>316</sup>.

Con ciò si conclude la trattazione dello stato di necessità, da un punto di vista storico, ma soprattutto normativo. Come si è potuto vedere dall'analisi dei singoli requisiti che si richiedono per l'utilizzo di questa scriminante, la norma è tutt'ora utilizzata e “piena di vita”. La giurisprudenza, infatti, ancora oggi lavora incessantemente a livello interpretativo per poter mantenere a passo coi tempi questa esimente con un lavoro non facile e ricco di sfumature. A rendere tutta la materia ancora più difficile, è sopraggiunta la recente pandemia da Covid-19 che come si avrà modo di trattare nel prossimo e ultimo capitolo, ha messo a dura prova non solo il nostro sistema sanitario, ma anche la resilienza di questa storica causa di giustificazione.

---

<sup>316</sup> Trib. Agrigento, Sez. I, 15 febbraio 2010, n. 954, in *One Legale*.

### CAPITOLO III

## L'ARTICOLO 54 C.P. E LA PANDEMIA DA COVID- 19

### Par. 1. I medici di fronte alle scelte impensabili imposte dalla pandemia

Il Codice penale vigente nel nostro Paese, approvato con regio decreto 19 ottobre 1930, è entrato in vigore il 1°luglio 1931: l'art. 54 ha dunque compiuto più di novant'anni di età; anzi, a rigore, dal momento che già il Codice Zanardelli del 1889 conteneva un'identica norma, si può dire che abbia compiuto 134 anni! A differenza di moltissimi altri articoli, la norma che disciplina lo stato di necessità è rimasta sempre immutata durante questo lungo periodo di tempo. Appare dunque lecito chiedersi se essa sia in grado di disciplinare sotto ogni aspetto i nuovi e gravissimi problemi originati dall'apparizione di una catastrofe pressoché mondiale, comparsa— per quanto riguarda l'Europa— tra la fine del 2019 e l'inizio del 2020: la pandemia da Covid 19. La domanda ha ragione di porsi a causa dell'eccezionalità del fenomeno— una pandemia— mai comparsa in precedenza in Italia, causata da un virus denominato SARS CoV-2 e caratterizzata da una fortissima virulenza mai registrata prima<sup>317</sup>. Inoltre, poiché il 1° gennaio 1948 è entrata in vigore la Costituzione della Repubblica italiana, è altrettanto doveroso chiedersi se le soluzioni ricavabili dall'applicazione dell'art.54 cod. pen. risultino in sintonia con l'art. 32 della nostra Costituzione, là dove si stabilisce con estrema chiarezza che “la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività”.

Purtroppo, la pandemia da Covid sars 19, a fronte della scarsità dei mezzi e delle attrezzature a disposizione nelle strutture ospedaliere, ha posto i medici

---

<sup>317</sup> Sul punto si rinvia a CALETTI G.M., *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra “scelte tragiche” e colpa del medico*, in *Sistema Penale*, 2020, 5.

della sanità pubblica nella condizione di dover affrontare situazioni drammatiche, e cioè prendere la decisione di salvare un paziente in luogo di un altro: ad effettuare insomma quello che è ormai divenuto noto a tutta la collettività come il *triage*. Premesso che la malattia associata al nuovo virus è stata chiamata “sindrome respiratoria acuta grave da Corona virus-2”, l’oggettiva indisponibilità di un numero sufficiente di maschere respiratorie a disposizione, in confronto all’enorme numero di pazienti che presentavano quella medesima sindrome, ha posto i medici in una situazione difficilissima: quella appunto, a causa delle gravi circostanze, di dover decidere quale vita salvare e quale invece abbandonare al suo destino. Infatti, in condizioni caratterizzate da grave scarsità delle risorse e da un cospicuo numero di pazienti, le valutazioni cliniche e le procedure decisionali debbono essere impiegate “per determinare *se e come* curare un singolo paziente, considerando allo stesso tempo le esigenze degli altri individui bisognosi e presenti”<sup>318</sup>. I sanitari debbono, in altre parole, affrontare il problema del c.d. *triage* esiziale, mai perdendone di vista lo scopo, che consiste nel salvare nelle condizioni date il più alto numero possibile di vite umane.

Da qui l’altrettanto ineludibile necessità di indagare la copertura giuridica della condotta, alla luce delle norme del diritto penale vigente e più in particolare della possibile applicabilità dell’art. 54 cod. pen.. Con la conseguenza che, a seconda delle conclusioni raggiunte sul punto, il medico potrà essere considerato, nella sua dimensione giuridica, “un eroe oppure un criminale”<sup>319</sup>.

In effetti, la dottrina ha immediatamente segnalato la situazione di conflitto di doveri, che caratterizza la posizione del medico chiamato a scegliere quale tra due pazienti dovrà ricevere, ad esempio, l’aiuto del necessario respiratore artificiale.

---

<sup>318</sup> Così testualmente, ALAGNA R., *Profili penali del triage in pandemia*, Torino, 2022, 13.

<sup>319</sup> ALAGNA R., *Profili penali*, cit., 22.

Per poter analizzare la figura del medico in rapporto con la recente pandemia e con l'esimente fin qui trattata, bisogna prima prendere in considerazione la figura stessa del medico. Infatti, questa è una professione non solo difficile, sia per implicazioni tecniche, sia per altre di genere etico, ma anche antica. A tal riguardo, va ricordato il leggendario Ippocrate di Coa. Quest'uomo, che visse nel IV secolo a.C., fu un medico, geografo e aforista ed è tutt'oggi considerato il padre della medicina scientifica. In effetti, fino ad allora, il concetto di medicina veniva comunemente associato alla filosofia e alla teurgia (consistente in pratiche religiose che servivano a compiere delle azioni ineffabili, quasi magiche, per realizzare un legame con la divinità e operare in forza di questo contatto). Il principale merito di Ippocrate fu quello di permettere allo studio sistematico della medicina clinica di avanzare, riassumendo le scoperte e le conoscenze delle scuole mediche precedenti e descrivendo le pratiche per i medici all'interno del *Corpus Hippocraticum* e una serie di altre opere. Famoso è il suo giuramento, che ogni studente di medicina è tenuto ad aver letto almeno una volta nel corso dei suoi studi.<sup>320</sup>

---

<sup>320</sup> Per dare maggiore supporto alla trattazione che si sta svolgendo sulla figura del medico, sembra opportuno riportare qui di seguito (tradotto in italiano per semplificarne la lettura), il testo integrale del giuramento di Ippocrate. "Giuro per Apollo medico e per Asclepio e per Igea e per Panacea e per tutti gli Dei e le Dee, chiamandoli a testimoni, che adempirò secondo le mie forze e il mio giudizio questo giuramento e questo patto scritto. Terrò chi mi ha insegnato quest'arte in conto di genitore e dividerò con Lui i miei beni, e se avrà bisogno lo metterò a parte dei miei averi in cambio del debito contratto con Lui, e considererò i suoi figli come fratelli, e insegnerò loro quest'arte se vorranno apprenderla, senza richiedere compensi né patti scritti. Metterò a parte dei precetti e degli insegnamenti orali e di tutto ciò che ho appreso i miei figli del mio maestro e i discepoli che avranno sottoscritto il patto e prestato il giuramento medico e nessun altro. Sceglierò il regime per il bene dei malati secondo le mie forze e il mio giudizio, e mi asterrò dal recar danno e offesa. Non somministrerò a nessuno, neppure se richiesto, alcun farmaco mortale, e non prenderò mai un' iniziativa del genere; e neppure fornirò mai a una donna un mezzo per procurare l'aborto. Conserverò pia e pura la mia vita e la mia arte. Non opererò neppure chi soffre di mal della pietra, ma cederò il posto a chi è esperto di questa pratica. In tutte le case che visiterò entrerò per il bene dei malati, astenendomi ad ogni offesa e da ogni danno volontario, e soprattutto da atti sessuali sul corpo delle donne e degli uomini, sia liberi che schiavi. Tutto ciò ch'io vedrò e ascolterò nell'esercizio della mia professione, o anche al di fuori della professione nei miei contatti con gli uomini, e che non dev'essere riferito ad altri, lo tacerò considerando la cosa segreta. Se adempirò a questo giuramento e non lo tradirò, possa io godere dei frutti della vita e dell'arte, stimato in perpetuo da tutti gli uomini; se lo trasgredirò e spergiurerò, possa toccarmi tutto il contrario." Giuramento di Ippocrate, in *Papiro di Ossirinco*, n. 2547, III secolo a.C..

Il giuramento è senza dubbio antico e, per così dire, lascia il tempo che trova. Nel corso degli anni è stato più volte rielaborato, e oggi vi è una versione moderna che ha però come suo nucleo storico la versione di Ippocrate. Il concetto centrale c'era già: il dovere del medico di agire per curare i feriti. Un dovere che, sebbene sulla carta possa apparire semplice, comporta non poche difficoltà. Probabilmente il punto più ambiguo del giuramento di Ippocrate, ai fini della nostra trattazione, è questo : “In tutte le case che visiterò entrerò per il bene dei malati, astenendomi ad ogni offesa e da ogni danno volontario”. In un contesto di pandemia, come quello appena vissuto (ma anche in contesti più privati, come si è potuto vedere nel capitolo 2, par. 5 sul soccorso di necessità) non è sempre possibile l'adempimento di questo dovere. Nel momento in cui il male colpisce, l'astrattezza delle norme si trova a doversi confrontare con la dura concretezza delle situazioni e circostanze fattuali; ed è proprio in questi contesti concreti che ha avuto origine il *triage*.

Che cos'è il *triage*? Il *triage* è un concetto storico che si è sviluppato in un contesto molto peculiare, ossia quello delle guerre e delle calamità naturali. Consiste in una scelta che viene presa da un sanitario: egli sceglie il modo che a suo giudizio è più opportuno per allocare le diverse risorse terapeutiche di cui dispone solo su alcuni pazienti a rischio di vita, lasciandone privi altri. La conseguenza logica ed inevitabile di questo tipo di scelta è che coloro i quali non hanno potuto beneficiare di una data terapia, con ogni buona probabilità, non saranno in grado di sopravvivere<sup>321</sup>. L'obiettivo del *triage* esiziale è quello di garantire, nello stesso spazio e tempo, la miglior cura possibile al maggior numero di soggetti, sebbene le risorse risultino essere insufficienti. Pertanto, lo scopo è quello di presentare una lista di priorità<sup>322</sup>. Così facendo, da un lato, si raggruppano i malati in categorie di intervento, e, dall'altro, si stabilisce tra gli infermi un ordine di priorità.

---

<sup>321</sup> ALAGNA R., *Profili penali*, cit., 8.

<sup>322</sup> In questo modo si esprime WEIDRINGER P., *Vielzahl von Verletzen*, Berlino, 2000, 291.

Dunque, sebbene l'origine del *triage* risiede nella medicina di guerra, esso non può essere relegato solo ed esclusivamente a quell'ambito. Il fenomeno, che nel corso degli anni è andato evolvendosi, ora è rinvenibile in una serie di situazioni molto più generalizzate e su una maggior scala: le emergenze di massa<sup>323</sup>. Per spiegare appieno questo concetto è necessario prima chiarire che per emergenza si intende un rapido cambiamento in negativo delle condizioni di salute e comporta che, per evitare la morte dell'individuo, sia necessario un soccorso sanitario professionale immediato. Su larga scala, si ha una emergenza di massa nel momento in cui gli strumenti e le risorse mediche che sono nella effettiva disponibilità dei sanitari, e che di norma vengono utilizzate col fine di garantire un'immediata cura al paziente, non sono sufficienti per fare fronte ai bisogni di tutti. Semplicemente, gli individui che richiedono assistenza sono troppi e questo comporta che bisognerà scegliere chi assistere, come assistere e, soprattutto, chi non assistere<sup>324</sup>. Inoltre, è ancora più importante notare come non tutte le catastrofi o le guerre possono portare a questa drammatica conseguenza. La mera distruzione di beni mobili o immobili, come ad esempio l'esplosione di un edificio, non ha nulla a che fare con il profilo dell'emergenza che attualmente stiamo esaminando e che richiede, invece un numero cospicuo di persone ferite. Non solo, si aggiunge ancora che, ai fini dell'insorgere di una emergenza di massa, a nulla rileva la quantità di persone che sono morte<sup>325</sup>.

Per quanto attiene alla formazione del *triage*, sebbene quest'ultimo a primo impatto possa apparire come una cosa strana, appare logico affermare che questo incarico non è lasciato esclusivamente al legislatore. Infatti, senza la collaborazione delle persone che si trovano a dover compiere questa scelta (e cioè la classe medica), sembra poco fattibile andare a regolare dall'alto questo

---

<sup>323</sup> ALAGNA R., *Profili penali*, cit., 15.

<sup>324</sup> Sul punto si rinvia a REBENTISCH E., *Handbuch der medizinischen Katastrophenhilfe*, Monaco, 1991, 18-19.

<sup>325</sup> REBENTISCH E., *Handbuch*, cit., 141.

genere di situazioni. I medici, dunque si trovano ad avere una competenza sia nell'ambito tecnico, essendo i soggetti che decidono a chi allocare le risorse sanitarie, sia in campo normativo poiché offrono il loro contributo al legislatore nella scelta dei criteri distributivi. Di conseguenza, un ruolo di non secondaria importanza viene ricoperto dalle associazioni mediche. Queste ultime infatti sono in grado di indicare quali siano le esigenze tipiche che si manifestano quando insorge un' emergenza di massa. Esse possono sicuramente indicare tutti quei valori e quei requisiti che dovrebbero essere valutati nei singoli casi concreti: parametri clinici (e le eventuali difficoltà che possono insorgere nel loro accertamento) e gli obiettivi da raggiungere; ma non possono fissare i criteri che il medico deve considerare quando sceglie tra chi aiutare e chi no. Allo stesso modo, si comprende anche perché l'alternativa di lasciare esclusivamente al legislatore l'intera scelta dei criteri che i medici devono adottare non è soddisfacente: equivarrebbe a stabilire normativamente in quali circostanze e sotto quali condizioni il trattamento medico potrà essere somministrato ad uno solo tra due pazienti egualmente importanti ed in pericolo<sup>326</sup>.

A prescindere, comunque, dal problema di chi debba disciplinare la normativa, occorre esaminare il vero fulcro della nostra trattazione: come applicare le regole. A tal proposito, si è parlato di proceduralizzazione della fattispecie scriminante<sup>327</sup>. Si tratterebbe di prevedere una procedura consultoria che andrebbe svolta ogni volta prima di dover compiere la dura scelta tra due persone. Tuttavia, sebbene prevedere un sistema di ricerca, col fine di ricavare la migliore scelta possibile, appaia sensato, rimane irrisolta una non indifferente problematica. Si allude qui alle situazioni nelle quali il tempo a disposizione per decidere a chi prestare assistenza sia assai scarso: in una tale

---

<sup>326</sup> ALAGNA R., *Profili penali*, cit. 18.

<sup>327</sup> Sul punto, cfr. con WALTER T., *Menschlichkeit oder Darwinismus? Zu Triage-Regeln und ihren Gründen*, in *GA*, 2020, 659.

circostanza, le opzioni procedurali risultano essere troppo lunghe e, di conseguenza, inadatte ad un simile compito. La questione è, dunque, complessa e porta a confermare quanto è già stato affermato (parlando della fonte delle norme sul *triage*): l'unico vero strumento esistente per poter orientare i medici nella loro difficilissima scelta rimane inscindibilmente collegata alle linee guida che vengono fornite dalle associazioni dei medici<sup>328</sup>.

Nella primavera del 2020, quando l'Italia è stata presa di sorpresa dal Covid-19, l'intero Paese si è trovato in una situazione di emergenza di massa. Improvvisamente, le problematiche relative al *triage* avevano assunto un valore mondiale e in un modo o nell'altro bisognava affrontarle. Così, in quel periodo, la SIAARTI (Società italiana di anestesia analgesia rianimazione e terapia intensiva) aveva pubblicato una "Raccomandazione", all'interno della quale venivano elencati i criteri necessari per selezionare i pazienti che necessitavano di assistenza medica. A tal fine, subito si reputò come di primaria importanza il criterio della probabilità di sopravvivenza, e come criterio sussidiario si utilizzò quello attinente la quantità di aspettativa di vita salvata. Al tempo, il contesto in cui questa "Raccomandazione" veniva pubblicata valutava in modo negativo i criteri esclusivamente cronologici e ciò portava ad un loro totale rifiuto. Diversamente accadeva invece per una serie di altri sottocriteri che, essendo utili per fare una prognosi sui pazienti, venivano valorizzati. In particolare, il passato medico e l'età dell'individuo si erano rivelati dei sottocriteri molto importanti<sup>329</sup>. La SIAARTI aveva deciso di imporre un limite massimo d'età per le persone. Così facendo si sarebbe andato a limitare l'utilizzo delle risorse a quei soli pazienti che da un lato avrebbero

---

<sup>328</sup> Per un'analisi più approfondita sul punto si rinvia a KUBICIEL M., *Die Triage in der rechtswissenschaftlichen Diskussion*, in HILGENDORF E.- HOVEN E.- ROSTALSKI F., *Triage in der (Strafrechts-) Wissenschaft*, Baden-Baden, 2021, 217.

<sup>329</sup> Raccomandazione SIAARTI, 6 marzo 2020, in *De Jure*. In particolare, la SIAARTI aveva prospettato di fissare un limite d'età massimo per poter entrare in terapia intensiva col fine di riservare le scarse risorse a chi, *in primis*, aveva più probabilità di guarire e anche più anni di aspettativa di vita.

avuto più probabilità di sopravvivenza, e, dall'altro, più anni di aspettativa di vita da salvare<sup>330</sup>.

Non passò molto tempo che la CNB (Comitato Nazionale di Bioetica) pubblicasse un "Parere" con il quale venne espressa una profonda critica contro i metodi adottati per far fronte ai problemi del *triage*<sup>331</sup>: in particolare, si denunciò l'approccio strettamente utilitaristico, ritenendo apprezzabile solo il criterio clinico della probabilità di sopravvivenza. L'uso di ogni altro parametro (incluso quello riguardante l'età del paziente) previsto dalla SIAARTI fu espressamente rinnegato<sup>332</sup>. Inoltre, poiché il pericolo andava valutato come attuale, il CNB aveva ritenuto che, oltre ai soggetti già presenti al pronto soccorso e quelli che erano stati divisi nei vari reparti degli ospedali, si dovesse considerare anche i pazienti che erano già stati visitati clinicamente a domicilio.

Successivamente, si sentì l'esigenza di avvicinare le posizioni del SIAARTI e del CNB, quindi di lì a poco venne formata una Commissione paritetica che aveva come fine quello di aggiornare la raccomandazione precedente<sup>333</sup>. Così, dopo un anno dal confronto che era venuto a formarsi tra le due associazioni, venne pubblicata una nuova versione della "Raccomandazione", all'interno della quale veniva stabilito che il *triage* esiziale sarebbe scattato solo ed esclusivamente ad una condizione: la saturazione delle risorse mediche e sanitarie. L'obiettivo era quello di permettere al maggior numero possibile di persone di fruire dei trattamenti di supporto vitale. A tale fine, vennero rifiutati il criterio cronologico e quello del sorteggio tra i pazienti, e si pose come premessa necessaria il consenso dell'individuo al trattamento. Tra i vari

---

<sup>330</sup> PUCELLA R., *Scelte tragiche e dilemmi giuridici ai tempi della pandemia*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n.3, 1 maggio 2020, 24, in *One Legale*.

<sup>331</sup> CNB, COVID-19: *La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del triage in emergenza pandemica*, 9 aprile 2020, in *De Jure*.

<sup>332</sup> CALETTI G.M., *Il Triage in emergenza pandemica. Coordinate penalistiche di uno spazio apparentemente libero dal diritto*, in *Quaderni Costituzionali*, 2020, 616.

<sup>333</sup> RIMEDIO A., *Criteri di priorità per l'allocazione di risorse sanitarie scarse nel corso della pandemia da CoViD-19*, in *BioLaw Journal- Rivista di BioDiritto*, I, 2021, 13 ss..

criteri adottati per la scelta dei pazienti si ricorda: la considerazione degli effetti che i trattamenti intensivi possono avere rispetto all'età della persona, la quantità e il tipo di altre malattie diverse dal coronavirus, la generale gravità del quadro clinico complessivo<sup>334</sup>.

Fatte queste considerazioni attinenti i criteri che si è deciso di adottare per fare fronte alle problematiche relative al *triage* esiziale, bisogna ora chiedersi se i criteri di selezione producono degli effetti sul conflitto tra la norma incriminatrice e la causa di giustificazione *ex* 54 cod. pen., soprattutto in relazione alla recente pandemia. Infatti, si è detto che il tema della scelta era solito insorgere in situazioni relativamente tipizzate e quindi abbastanza omogenee tra loro, sia per il genere di ammalati, sia per il frangente spazio-temporale in cui si svolgevano i fatti. Non è un caso, perciò che il contesto di norma fosse quello di carattere bellico. La pandemia ha cambiato tutto, allargando il teatro in cui si svolge la scena e il numero di attori partecipanti, includendo dunque persone ordinarie: medici civili e cittadini comuni. La conseguenza di ciò è che ad essere impattati dai mutamenti che ha dovuto subire il triage sono anche i concetti e le basi dello stato di diritto.

Si possono delineare tre diverse ipotesi nel momento in cui vi è scarsità di risorse per fare fronte ad un elevato numero di pazienti:

- 1) La prima possibilità è che il sanitario, sebbene ci sia la disponibilità degli strumenti salvavita, decida volontariamente di non curare un individuo che si trova, *hic et nunc*, in uno stato di bisogno. Dietro questa scelta vi è una logica di risparmio delle risorse: infatti, non vi è dubbio sul fatto che, in breve tempo, si presenteranno altri soggetti, e che questi saranno parimenti bisognosi della cura, se non addirittura più bisognosi. Questa situazione è stata definita come *triage ex ante* preventivo<sup>335</sup>.

---

<sup>334</sup> FERRARA A., *Considerazioni per un'etica del triage dall'analisi dei casi di Brasile, Stati Uniti e Italia alla giustificazione dell'utilitarismo*, in *Ragioni pratica*, II, 2021, 543.

<sup>335</sup> AST S., *Quieta non movere? Ärztliche Auswahlkriterien sowie der Behandlungsabbruch im Fall einer Pflichtenkollision aus strafrechtlicher Sicht*, in *ZIS*, 2020, 452.

- 2) Una seconda ipotesi, ed è un caso che è già stato visto nel par. 6, capitolo 2, sul soccorso di necessità, è quello che attiene al perfetto conflitto tra i doveri di fare: vi è una grande scarsità di strumenti medici da poter utilizzare e un gran numero di persone che richiedono delle cure salvavita. Il medico è messo nella condizione di dover scegliere quale vita salvare in concreto<sup>336</sup>.
- 3) Nella terza situazione, infine, si presenta il caso in cui il medico ha già iniziato a somministrare la cura ad un paziente, ma successivamente all'inizio del trattamento si presenta un altro soggetto più meritevole della cura. Questa situazione comporta il così detto *triage ex post*<sup>337</sup>.

Come si può vedere, la problematica causata dalla mancanza di attrezzature sanitarie si trova ad avere come sfondo non solo problemi di carattere etico, ma anche quello di un conflitto tra doveri penalistici. Ed è proprio all'interno di questo contesto che la dottrina si è trovata a mettere in discussione alcuni tra i veri e propri pilastri portanti dello Stato di diritto: l'indifferenza qualitativa della vita (presupposto logico- necessario per poter fruire di tutti gli altri beni) e il divieto di salvare la vita di una persona (ledendo così la vita di un altro individuo).

Il primo assioma (l'indifferenza qualitativa della vita) è stato ribaltato attraverso la formulazione del *triage ex ante*. Il secondo viene contestato quando, nei casi di *triage ex post*, viene negata la presenza di un diritto soggettivo del paziente ad avere il trattamento medico portato fino in fondo, perché si vuole curare un altro individuo<sup>338</sup>.

In definitiva, il Covid-19 ha fatto insorgere tutta una serie di conflitti tra due doveri di fare (salvo l'uno o salvo l'altro); ma anche conflitti tra dovere di fare e dovere di omettere (salvo uno senza cagionare la morte di un altro). E così

---

<sup>336</sup> Si rinvia al paragrafo 6 del capitolo 2 per un approfondimento sul conflitto dei doveri.

<sup>337</sup> ALAGNA R., *Profili penali*, cit., 11.

<sup>338</sup> COCA VILA I., *Strafrechtliche Pflichtenkollision als Institut der Maximierung der Zahl der Überlebenden?. Eine Kritik der utilitaristischen Wende in der Triage-Diskussion*, in GA, 2021, 452.

vengono a porsi tutta una serie di questioni controverse ed eterogenee: la scelta che viene fatta in base a dei parametri clinici dello stato attuale di salute e le prospettive di successo terapeutico sono un modo per dire che alcune vite sono degne di essere vissute e altre no? Queste scelte che vengono fatte nascondono forse un carattere discriminatorio verso le persone che si trovano in una posizione difficile stando ai parametri? L'eguaglianza qualitativa tra le vite di ciascuno viene lesa nel momento in cui i clinici optano per la rinuncia alla terapia di un paziente per rivolgerla verso qualcun altro? E soprattutto, è possibile interrompere la terapia in corso per un paziente, a vantaggio di un nuovo paziente perché questo avrebbe maggiori probabilità di sopravvivere<sup>339</sup>? Sono domande molto difficili, ma qui di seguito si cercherà di trattarle nel miglior modo possibile.

## **Par. 2. La scelta del medico fondata sul *triage* esiziale: inesigibilità, colpa per assunzione e conflitto di doveri**

Occorre ora trattare uno dei temi che in passato si è toccato più e più volte in giurisprudenza. Si allude qui al criterio normativo di attenuazione della responsabilità medica, sotto il profilo soggettivo. Questo fenomeno può trovare applicazione nei casi nei quali il sanitario si sia trovato, in una situazione concreta, in presenza di problemi tecnici di particolare difficoltà o di novità tecnico-scientifiche<sup>340</sup>. L'attenuazione può essere applicata perché la colpa del medico deve essere perimetrata tenendo in considerazione da un lato la difficoltà dell'intervento che gli viene richiesto, dall'altro il contesto in cui il singolo soggetto si è trovato ad agire<sup>341</sup>. Infatti, in questa delicata materia devono essere valorizzate tutte le categorie di rischio e tutte le contingenze che

---

<sup>339</sup> ALAGNA R., *Il nuovo corso della giurisprudenza tedesca in tema di eutanasia passiva*, in *Foro it.*, II, 2013, 298.

<sup>340</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 21 giugno 2007, n. 39592, in *One Legale*.

<sup>341</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 22 novembre 2011, n. 4391, in *One Legale*.

hanno reso arduo seguire quanto viene prescritto dalla legge<sup>342</sup>. Dunque, se nel valutare la responsabilità del medico è necessario prendere in considerazione tutti questi aspetti, che già in precedenza si verificavano in un contesto diverso da quello della pandemia, a maggior ragione sarà necessario tenere conto di queste variabili, una volta sopravvenuto lo scoppio dell'emergenza pandemica. In effetti, si tratta di un fenomeno che non solo ha avuto una portata mondiale, ma che ha anche preso ogni Nazione alla sprovvista. E così, all'improvviso, nella primavera del 2020 numerosi governi hanno ordinato ai cittadini di rimanere chiusi in casa, e nessuno poteva sapere né per quanto né il perché. I medici che si sono trovati in prima linea, erano ancora più confusi. I pazienti chiedevano loro delle risposte e i dottori, stanchi e spaventati (perché è giusto ricordarlo, erano i primi a rischiare la propria incolumità), lavoravano senza sosta per cercare di identificare sintomi, contagiati e possibili cure. Ad aggravare il tutto, va ricordato anche che individuare chi fosse contagiato era l'equivalente del cercare un ago in un pagliaio. Infatti, i sintomi propri del Covid-19 coincidevano quasi del tutto con quelli di una normalissima influenza, e molte persone tentavano allora di nascondere i propri sintomi per paura di quello che il contagio avrebbe significato per la propria vita quotidiana: la quarantena, le medicine e la possibile morte.

In questa prospettiva, grande rilevanza ha assunto dal punto di vista giuridico il collegamento che esiste tra colpa e urgenza terapeutica, intesa come normale situazione in cui il medico si trova ad agire. Una situazione extra-ordinaria in cui anche le cose che apparentemente erano facili si rivelavano essere assai più difficili. Di conseguenza, solo un'analisi compiuta sui casi concreti di volta in volta e con molta attenzione avrebbe potuto permettere di distinguere le ipotesi nelle quali fosse riconoscibile una effettiva difficoltà della diagnosi (difficoltà dovuta molto probabilmente all'urgenza), dalle situazioni in cui il medico non si

---

<sup>342</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, in *One Legale*.

fosse in realtà attivato per cercare di fare fronte all'urgenza nel modo più adeguato possibile<sup>343</sup>.

In giurisprudenza, considerando tutte le caratteristiche sopra analizzate in tema di pandemia, è emerso sopra ogni altro un problema non indifferente: l'intenso flusso di persone che si recavano al Pronto Soccorso. In ordine a tale fenomeno, si è affermato che il medico, qualora si stia già occupando di un paziente, non è tenuto ad occuparsi anche degli altri ammalati che possono sopraggiungere nel mentre. A tal riguardo, il dottore che è già occupato, può chiedere ad un collega, non altrettanto impegnato, che si occupi dei nuovi individui sopraggiunti. Una volta che al personale infermieristico è stato impartito l'ordine in maniera inequivocabile, il medico può legittimamente fare affidamento sul fatto che del nuovo arrivato se ne occuperà un suo collega, fatta eccezione per il caso che le circostanze nelle quali venne impartito l'ordine (per esempio, se fosse stato impartito alla fine di un turno), o la prassi ad esse connesse, impongano a colui che ha dato l'ordine di sorvegliare l'esecuzione della stessa disposizione data<sup>344</sup>.

Nel caso in cui non sia stata fatta in modo tempestivo una corretta diagnosi circa l'effettiva eziopatogenesi collegata al coronavirus, va chiarito che la colpa verrà esclusa nel caso in cui il sintomo rilevato in modo equivoco non permetta di sospettare la presenza di una patologia che richiederebbe il ricovero e/o ulteriori accertamenti<sup>345</sup>. Nel caso del Covid-19 era questo uno degli esiti più comuni, non solo perché, come si è detto, molti sintomi facevano propendere per una semplice influenza, ma anche perché il virus, una volta contratto, aveva un periodo di 4/5 giorni di incubazione. Ed in questo periodo di tempo, infatti, un semplice tampone non sarebbe bastato per riuscire ad individuare la malattia.

---

<sup>343</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 5 aprile 2011, n. 16328, in *One Legale*.

<sup>344</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 2 marzo 2000, n. 9638, in *One Legale*.

<sup>345</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 9 luglio 2009, n. 35659, in *One Legale*.

Pertanto, l'ammalato sarebbe stato classificato, erroneamente, come negativo al Covid.

Ancora, non tutte le persone erano in grado di recarsi al Pronto Soccorso. Alcune non potevano muoversi per ragioni diverse da quelle attinenti al Covid, ma molti non potevano uscire di casa a causa della quarantena. Quindi spesso i medici furono costretti a recarsi all'abitazione del proprio paziente per poterne seguire il decorso clinico. L'eventuale mancato controllo delle condizioni del paziente, per il periodo della durata della somministrazione della cura, costituisce colpa medica per omissione<sup>346</sup>.

Infine, la giurisprudenza si è pronunciata anche per quanto attiene alla scelta dei trattamenti terapeutici basata sulla dispensa di farmaci e medicine che in origine erano previste per curare patologie diverse dal Covid (in effetti all'epoca di queste sentenze non c'era ancora la pandemia). Si sta parlando, qui, dei medicinali *off label* (ossia quei farmaci che hanno dei fini terapeutici diversi rispetto a quelli che sono riconosciuti al farmaco). Si è affermato che il sanitario risponde, non a titolo di dolo, ma a titolo di colpa, delle lesioni riportate dal paziente nei casi in cui non abbia fatto una buona valutazione comparativa tra i benefici curativi che egli sta cercando di ottenere e i rischi collegati all'assimilazione della medicina, che si sarebbero potuti prevedere sulla base della situazione clinica del soggetto<sup>347</sup>.

Si prenda ora in considerazione un'ipotesi generale. Si metta il caso che durante la pandemia un medico, che si sta occupando di quella che allora era una malattia completamente nuova e sconosciuta per lui, venga sottoposto ad un alto carico di stress lavorativo. A causa del sovraccarico di lavoro il sanitario commette un errore nel corso dell'iter diagnostico- terapeutico relativo ad un paziente che egli ha in carico: adotta una condotta che è *contra leges artis* e caratterizzata da colpa grave. L'avvenimento successivo è che a causa di questa

---

<sup>346</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 13 marzo 2008, n. 17499, in *One Legale*.

<sup>347</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 24 giugno 2008, n.37077, in *One Legale*.

azione (che in un normale contesto professionale non avrebbe adottato) sopraggiunge la morte del paziente. La domanda sorge spontanea: tutto ciò è sufficiente a fondare una responsabilità penale per il dottore operante<sup>348</sup>?

Il giudice è tenuto a valutare tutte le circostanze del caso concreto non solo sotto il profilo del trattamento sanzionatorio, ma anche sotto quello della esigibilità. In linea generale, affinché il medico possa essere considerato come giustificato bisogna motivare l'affermazione che chi agiva si sia effettivamente trovato in una situazione tale per cui non si sarebbe potuto umanamente chiedergli una condotta diversa da quella che di fatto il soggetto ha adottato. Pertanto, pretendere una azione conforme alle disposizioni penali non era possibile<sup>349</sup>. L'ipotesi appena riportata rientra tra gli altri casi concreti che si sono esaminati nel corso della trattazione relativa agli elementi fondanti per invocare lo stato di necessità. Come si nota, il nucleo centrale, che accomuna tutti gli esempi che sono stati ricordati fino ad ora è la circostanza che chi compie l'azione illecita lo fa non avendo altra scelta a sua disposizione. Questo principio correttamente si applica anche nei casi concreti che si sono verificati nel mezzo della pandemia.

Si può ricordare anche un altro caso accaduto nel 1935. Un medico, dopo una lunga giornata di lavoro, si era rifiutato di svolgere una visita a domicilio, adducendo una grande stanchezza fisica dovuta alla giornata lavorativa. In effetti, il domicilio del paziente era molto distante e si sarebbe potuto raggiungere solo dopo quattro ore di marcia sulla neve. Venne accusato di aver infranto l'art. 328 cod. pen., ma venne assolto da tale reato (è bene ricordare anche che l'uomo non era nemmeno stato accusato di omicidio colposo), per inesigibilità della condotta alternativa lecita<sup>350</sup>. Diversamente, se il rifiuto di

---

<sup>348</sup> DI SALVO E., *Pandemia da coronavirus, responsabilità del medico ed esigibilità della condotta alternativa doverosa*, in *Unicost*, 22 giugno 2020, 7.

<sup>349</sup> DI SALVO E., *Pandemia da coronavirus*, cit., 22.

<sup>350</sup> Cass. Pen., 23 dicembre 1935, in *La Scuola positiva*, 1936, 289, che confermò la sentenza di assoluzione.

adempiere al proprio dovere professionale fosse stato originato da semplice stanchezza fisica dovuta ad una giornata di lavoro, allora il medico sarebbe stato perseguibile di reato *ex* 328 cod. pen. (e molto probabilmente anche di omicidio colposo). Infatti, in tale ipotesi, il medico avrebbe potuto tenere il comportamento alternativo lecito, e cioè fare un'analisi accurata e diligente del caso clinico, essendo questa solo più difficile e pesante da attuare, ma non inesigibile. Dunque, l'inesigibilità, ossia l'impossibilità di fatto del reo di conformarsi ad un precetto, deve essere tenuta separata dalla onerosità o difficoltà del compito che bisogna svolgere: né la semplice difficoltà, né la onerosità potranno escludere la responsabilità penale del soggetto<sup>351</sup>. A tal riguardo si ricorda un altro caso, questa volta del 2013. Un incendio era scoppiato in un ospedale e alcuni degli infermieri si erano dati alla fuga senza aver adeguatamente soccorso e tratto in sicurezza i pazienti che si trovavano ricoverati nel reparto di psichiatria. Dopo aver sottoposto la questione al giudice di merito, la Suprema Corte si era pronunciata affermando che sarebbe risultato necessario un ulteriore accertamento circa l'effettiva esigibilità di una condotta di soccorso che gli infermieri avrebbero potuto adottare rimanendo all'interno della struttura. A complicare la vicenda, infatti, era il fatto che l'edificio era già pervaso da fumi tossici e, a seconda dell'intensità di questi, il soccorso necessario sarebbe potuto essere considerato esigibile o meno<sup>352</sup>.

Un altro punto estremamente interessante riguarda il rapporto tra la esigibilità e la colpa per assunzione. La colpa per assunzione è un particolare tipo di colpa che si verifica quando un agente (in questo caso, un medico) sebbene non sia capace di svolgere nel modo corretto una determinata attività, decide comunque di agire, causando dunque l'evento lesivo. Le ragioni che possono portare ad adottare questo genere di condotta sono varie e spaziano all'interno di una gamma che va dalla semplice presunzione fino

---

<sup>351</sup> Sul punto si rinvia a DI SALVO E., *Pandemia da coronavirus*, cit., 22.

<sup>352</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 17 aprile 2013, n. 23944, in *One Legale*.

all'incoscienza. Quindi, quando si parla di colpa per assunzione, bisogna tenere a mente che l'addebito di colpa insorge perché si è svolta una data attività nonostante non si disponesse né delle conoscenze, né delle capacità necessarie, secondo lo standard di diligenza, per assumersi quella specifica responsabilità<sup>353</sup>. Questo genere di comportamento è l'esatto opposto di quello che verrebbe realizzato da un ipotetico agente ideale, noto anche come *homo eiusdem professioni set condicionis*. In effetti, quando si assume un incarico che richiede un certo livello di qualificazione tecnica, è molto importante per un medico avere concretamente in mente quali sono le sue abilità; inoltre, il livello di diligenza e perizia richiesto è proprio quello che si richiede all'agente ideale<sup>354</sup>.

A titolo di esempio si può ricordare una sentenza del 2005, in cui la Corte aveva confermato la presenza della colpa per assunzione nel fatto sottoposto al suo giudizio. Era accaduto, infatti, che un gruppo di cacciatori aveva deciso di costruire una strana struttura per la caccia utilizzando dei mezzi poco idonei. Il risultato fu che, inavvertitamente, queste persone cagionarono la morte di uno del gruppo, che era stato colpito da un pezzo della struttura che si era staccato perché non era stato fissato nel modo corretto<sup>355</sup>.

Occorre anche chiarire una cosa: la colpa per assunzione non comporta per forza la mancanza dell'abilitazione o dell'autorizzazione a fare un compito specifico. Infatti, non c'è una diretta correlazione tra l'assenza di questi elementi e la colpa per assunzione; qualora non si sia verificato nessun danno in concreto o il danno non possa essere ricondotto al mancato rispetto delle norme che disciplinano l'attività presa in considerazione, l'agente può svolgere questa attività<sup>356</sup>.

---

<sup>353</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 6 dicembre 1990, *Bonetti*, in *One Legale*.

<sup>354</sup> Per un approfondimento sul punto, cfr. DI SALVO E., *Pandemia da coronavirus*, cit., 25.

<sup>355</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 17 novembre 2005, n.7661, in *One Legale*.

<sup>356</sup> DI SALVO E., *Pandemia da coronavirus*, cit., 25.

Si metta ora il caso che chi agisce non abbia a sua disposizione né l'esperienza, né le competenze per compiere una determinata attività. In tal caso, l'alternativa adeguata risiederebbe nell'astensione. Si ricorda il caso di un medico specializzando che si era preso l'incarico di svolgere un intervento chirurgico che era non solo molto delicato, ma eccedeva pure le competenze tecniche dell'individuo. È importante chiarire che lo specializzando, in conformità con le norme e direttive dettate e sotto il controllo del medico suo tutore, deve rifiutare di svolgere le mansioni che reputa di non essere in grado di svolgere. Diversamente, qualora decidesse di compiere l'attività, è logico che se si dovessero verificare degli accadimenti da cui potrebbe insorgere un reato, il soggetto sarà tenuto ad assumersene la responsabilità a titolo di colpa per assunzione. Non solo. Si aggiunge anche che il tutore dello specializzando, poiché egli ha il dovere di sorvegliarlo (in quanto quest'ultimo gli è stato affidato), sarà tenuto ad assumersi anche lui la responsabilità di quanto accaduto per non avere egli adeguatamente sorvegliato il giovane<sup>357</sup>.

A tutto ciò vi è, però, un'eccezione. Si metta il caso in cui colui che agisce ricopra una posizione di garanzia e quindi egli abbia il dovere di proteggere altri individui. In questo genere di casi, la scelta più adeguata non consisterà nell'astensione, ma nell'interpello di altri soggetti che diversamente dall'agente possiedono le conoscenze e le capacità necessarie per svolgere l'attività. Questo è un fenomeno che accade quotidianamente, anche fuori dal contesto della pandemia da Covid-19. Per esempio, dopo aver svolto gli esami del sangue, l'infermiere potrebbe consigliare di sentire un collega per fare una radiografia, reputando che un semplice esame del sangue non basti per capire quale malore affligga un soggetto.

Tuttavia, come si può immaginare, non tutti i casi che si verificano in concreto sono uguali ed è proprio per questo che a volte può accadere che si presenti

---

<sup>357</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 10 dicembre 2009, n. 62510, in *One Legale*.

un'urgenza indifferibile: in tal caso, non si può né interpellare un altro collega né astenersi, perché semplicemente manca il tempo materiale per farlo. A tal riguardo, si può ricordare un noto caso che si era verificato nel 2008, conosciuto come il caso Coppola. In quella circostanza, un'ostetrica non era riuscita ad ottenere l'aiuto di un medico, quindi aveva deciso di compiere un'attività per la quale essa non disponeva delle conoscenze necessarie. Il rischio era molto alto: l'errata esecuzione avrebbe, infatti, provocato non poche lesioni al feto. In un simile caso si ritenne che la condotta alternativa doverosa non fosse esigibile<sup>358</sup>. Perciò, in mancanza di colpevolezza, si escluse la responsabilità di colei che ha agito, pur non avendo la specializzazione e le capacità richieste in una condizione di urgenza indifferibile<sup>359</sup>. In tale situazione, in effetti, la donna non era in possesso dei requisiti richiesti per rispettare il modello dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*, e quindi non si poteva pretendere una condotta diversa. Ovviamente, come è logico, in questo caso il soggetto agente risponde del fatto non a causa dell'imperizia collegata al parametro dell'agente modello, ma per aver violato delle norme cautelari che lui era tenuto in ogni caso a conoscere. A tal riguardo basta considerare che insorgerà responsabilità qualora un medico generico non sia in grado di bloccare una semplice emorragia, cosa che senza dubbio dovrebbe essere in grado di fare<sup>360</sup>.

Sebbene quanto sia stato affermato risulti essere, per certi aspetti, molto semplice, la questione diventa, in realtà, complessa qualora non vi sia un'urgenza indifferibile. In tale situazione, in effetti, viene in rilievo un altro parametro non indifferente, ossia quello della prudenza. Il sanitario dovrà, infatti, esaminare con molta attenzione il caso che gli si prospetta, dovrà consultarsi eventualmente anche con altri suoi colleghi e qualora insorga anche solo il minimo dubbio, dovrà scegliere alternativamente tra l'astensione e il

---

<sup>358</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 31 gennaio 2008, n. 13942, in *Riv. pen.*, 2008, 203.

<sup>359</sup> Per un approfondimento della questione si rinvia a BRUSCO C, *La colpa penale e civile*, Milano, 2017, 327.

<sup>360</sup> DI SALVO E., *Pandemia da coronavirus*, cit., 27.

differimento ad un altro medico. Nella circostanza in cui ciò non dovesse accadere, insorgerà la responsabilità del sanitario. Inoltre, la colpa risiederà proprio nel fatto che l'individuo si era arrogato il dovere di compiere un'attività che materialmente non era in grado di fare.

In definitiva, l'operatività dell'inesigibilità non può essere circoscritta da un parametro di norme fisse (soprattutto se si va a considerare un periodo storico complesso e difficile come quello della pandemia da Covid 19), ma si dovrà guardare di volta in volta alle situazioni concrete. Di conseguenza, si andrà a verificare se, *ex ante*, la situazione si presentava conforme alle capacità proprie del medico in questione. Nulla vieta che delle complicanze successive possano insorgere, ma queste dovranno venire ad essere necessariamente durante lo svolgimento della terapia e non prima<sup>361</sup>.

Ora, durante la pandemia uno dei problemi più grandi che era insorto era quello che riguardava la scelta del paziente da curare, ipotesi che si verifica quando su uno stesso medico gravano due obblighi giuridici di pari rango e l'adempimento di uno dei doveri comporta l'impossibilità di adempiere all'altro. Questo è il così detto "conflitto di doveri" derivato dall'esistenza dell'obbligo di osservare contemporaneamente regole cautelari contrastanti<sup>362</sup>. Pazienti colpiti dalla stessa malattia, entrambi consenzienti e con lo stesso grado di rischio che hanno bisogno dello stesso trattamento salvavita. Da questa scelta deriva la probabile sopravvivenza di colui che riceverà le adeguate cure e la morte per chi, invece, ne rimarrà privato<sup>363</sup>. Nel compiere la scelta, il dottore si trova in una situazione di pericolo da lui non cagionata, né a lui addebitabile. Considerando il profilo colposo della situazione, per operare una scelta il soggetto dovrà fare affidamento non solo sulle condizioni oggettive nelle quali si trova, ma anche sulle conoscenze e le competenze che ha acquisito tramite i

---

<sup>361</sup> DI SALVO E., *Pandemia da coronavirus*, cit., 28.

<sup>362</sup> BRUSCO C., *La Colpa*, cit., 319 ss..

<sup>363</sup> ALAGNA R., *Profili penali*, cit., 23.

suoi studi e la sua esperienza. La scelta che andrà a compiere non sarà sindacabile, a meno che non possa essere classificata come irrazionale e, di conseguenza, colposa<sup>364</sup>.

Nel genere di conflitto di doveri appena delineato rientra perfettamente la pandemia, dato che più volte i sanitari si sono trovati a decidere a quale paziente applicare le uniche apparecchiature disponibili, nelle ipotesi di terapia intensiva. Questo era un fenomeno che accadeva molto spesso soprattutto con i respiratori dei quali, durante la quarantena, v'era una grande mancanza. Di fatto, nel compiere la sua scelta, il medico si trova di fronte anche ad un'altra difficoltà non indifferente, e cioè che non è detto che sia sempre possibile da verificare *ex ante* l'efficacia salvifica della condotta. In tali casi, si è sostenuto che venga meno l'antigiuridicità stessa del comportamento adottato in via concreta, dato che per poter qualificare come illecita una condotta è necessario che sia stato violato un obbligo di condotta che non solo in modo generico, ma anche nei casi concreti, sia univoco in ogni modo<sup>365</sup>. Diversamente, nel caso in cui entrambe le opzioni siano corrette in astratto (e anche se dalla scelta possono derivare conseguenze dannose), non verrà considerata illecita la condotta *ex post*. Eccezione a quanto appena affermato insorge nel caso in cui esistano dei fatti che durante l'urgenza debbano essere di percezione immediata, e che manifestamente portino a preferire una condotta rispetto ad un'altra. Se queste ragioni non vengono osservate, la scelta deve essere considerata frutto di imperizia e, conseguentemente, di colpa<sup>366</sup>.

Il medico, dunque potrà, nel caso di un normale conflitto di doveri, scegliere di salvare o l'uno o l'altro tra i due pazienti. Ciò avviene per una serie di ragioni. Innanzitutto, il sanitario si trova di fronte, prima ancora di un impedimento di tipo giuridico, ad un'impossibilità di tipo materiale: adempiere ad entrambi i

---

<sup>364</sup> Cfr. sul punto BRUSCO C., *La Colpa*, cit., 358.

<sup>365</sup> DI SALVO E., *Pandemia da coronavirus*, cit., 24.

<sup>366</sup> DI SALVO E., *Pandemia da coronavirus*, cit., 24.

doveri. Quello che si pone è un rischio della stessa natura e grado che incombe sullo stesso bene giuridico di due soggetti diversi: la vita. Tuttavia, sebbene il conflitto che insorge tra i due medesimi doveri, in forza dello stesso bene giuridico, sia la primaria ragione che crea il problema, non si può negare che esso sia anche la soluzione. Infatti, è proprio grazie alla presenza di questo genere di conflitto che il medico può fare la sua scelta, senza correre il rischio di dover rispondere per l'omissione a cui è riconducibile l'inevitabile morte del paziente. E bene chiarire che la morte, a prescindere dalla decisione del dottore, non viene causata da quest'ultimo, in quanto l'evento naturale è collegato ad una seriazione causale che era già in corso, e che era iniziata da ben prima che il medico si trovasse in mezzo a questa difficile circostanza. Omettendo questo peculiare *facere* doveroso, l'agente semplicemente non ha interrotto la progressione di quella seriazione causale. In altre parole, si potrebbe addirittura arrivare a dire che, semplicemente, il medico sta lasciando che la natura faccia il suo corso. Tuttavia, ciò non toglie che il soggetto verrà giustificato in questo senso a condizione che abbia adempiuto all'altro dovere che aveva nei confronti del secondo paziente<sup>367</sup>.

Ciò che dà sostegno a quanto appena affermato è anche il fatto che il bene giuridico vita è, senza ombra di dubbio, il più importante fra tutti i beni, senza il quale non si potrebbe usufruire di nessun altro genere di bene. Ne consegue la parità dei due obblighi a cui è tenuto il medico, perché questo specifico bene giuridico non è confrontabile, graduabile o misurabile<sup>368</sup>. Pertanto, se non è possibile distinguere concretamente tra due vite in pericolo, non ci si può neanche aspettare di riuscire a creare una gerarchia tra due beni

---

<sup>367</sup> VIGANÒ F., *Contributo*, cit., 475; VIGANÒ F., *Stato di necessità*, in *Dig. disc. pen.*, 2004, 1251; BARATTA A., *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963, 7; MEZZETTI E., *Necessitas non habet?*, cit., 90; BELLAGAMBA F., *Ai confini dello stato di necessità*, in *Cass. Pen.*, 2000, 1832; GROSSO C.F., voce *Necessità*, cit., 882.

<sup>368</sup> JÄGER J.- GRÜNDEL J. *Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage*, in *ZIS*, 2020, 151.

completamente identici, ma appartenenti a due persone diverse<sup>369</sup>. Per banalizzare il concetto, è come se io prendessi una torta e la dividessi in otto parti. Poi, preso un piattino per appoggiarci sopra il dolce io provassi a chiedere ad un bambino se preferisce mezza torta oppure quattro fette. In definitiva, la violazione dell'obbligo a cui il sanitario non ha adempiuto si considera scriminata in forza dell'art. 54 cod. pen..

Se la visione tradizionale trova fondamento nel fatto che i *facere* a cui deve adempiere il dottore (a parità di natura ed intensità di rischio) sono uguali perché attengono al bene vita, e pertanto i due beni non sono confrontabili, con l'insorgere della pandemia ci sono stati non pochi cambiamenti, e molti apporti arrivano dalla dottrina tedesca<sup>370</sup>.

Innanzitutto, durante la pandemia ci si è accorti di una cosa: lo scopo del pronto soccorso in una situazione generalizzata come quella che può derivare da una emergenza di massa (come nel caso del Covid-19) cambia. Non si tratta più solo di portare al maggior numero possibile una celere assistenza medica. Infatti, il nuovo scopo che sarebbe insorto sarebbe quello di mettere in relazione i pazienti gli uni con gli altri. Attraverso il confronto si riesce a comprendere quali individui non sono in grado di trarre beneficio dalle diverse terapie e, viceversa, si riesce anche a cogliere quali terapie possono funzionare meglio. Può essere anche che alcuni farmaci o strumenti possano avere maggiore efficacia in base a quale categorie di persone vengono somministrati<sup>371</sup>. Il problema che insorge da ciò, però, è che la scelta che il sanitario viene portato a fare potrebbe non essere tra due beni uguali, e di conseguenza non potrà più scegliere indiscriminatamente e venire giustificato per l'omissione commessa. Quindi, nel caso in cui si presentino dei doveri di

---

<sup>369</sup> KÜPER W., *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, Berlino, 1979, 69.

<sup>370</sup> ALAGNA R., *Profili penali*, cit., 26.

<sup>371</sup> BUSCH A.E., *Ärztliche Triage in Friedenszeiten. Eine kritische Analyse der Strafbakeitsrisiken im Lichte der Implicationen des Grundgesetzes*, in *ZStW*, 2020, 748.

rango diverso, l'azione non verrà scriminata a prescindere da quale *facere* si decida di perseguire; si potrà fare ricorso all'esimente solo ed esclusivamente nei casi in cui il medico abbia optato per il dovere di rango più alto<sup>372</sup>. Da ciò sono derivate una serie di valutazioni che devono essere fatte nel momento in cui si va a scegliere a quale dovere adempiere. A tale fine si sono creati dei criteri, che bisogna utilizzare come supporto nel momento in cui sia necessario prendere una decisione. Per la trattazione di questi criteri, si rinvia al successivo paragrafo di questo elaborato scritto.

### **Par. 3. Gli scopi e i criteri della scelta del medico**

Scegliere chi debba vivere e chi invece debba morire, senza dubbio, non può essere una scelta facile ed è per questa ragione che si è cercato di alleviare il peso della scelta ricordando gli scopi che si vogliono ottenere e decidendo dei criteri. Il *triage* esiziale fa proprio questo: una volta che gli strumenti medici necessari per salvare la vita sono esauriti tenta di trovare il modo migliore di distribuire le risorse.

Se, però, per compiere queste importanti scelte sono necessari dei criteri, è altrettanto vero che bisogna capire quali sono risultati che si perseguono: un mezzo non è niente senza un fine. In forza degli obiettivi, dunque, si decidono i criteri di allocazione e questi permetteranno di differenziare non i diversi beni vita (non essendo questo possibile, come è stato visto e ripetuto più volte in precedenza), ma gli obblighi giuridici di impedimento della lesione che il medico è tenuto a seguire<sup>373</sup>.

Nel mondo anglosassone si è discusso molto riguardo la scelta del dottore e i suoi obiettivi. A tal riguardo si possono identificare due distinte correnti di pensiero: la prima vorrebbe creare, come si è detto, dei criteri su cui basarsi e

---

<sup>372</sup> ALAGNA R., *Profili penali*, cit., 27.

<sup>373</sup> ALAGNA R., *Profili penali*, cit., 28.

questi varierebbero a seconda del tipo di fine che si vuole raggiungere. Questa è la logica del *triage* esiziale. La seconda corrente di pensiero, diversamente dalla prima, preferirebbe non stabilire dei mezzi per poter aiutare il medico nella sua scelta, ma lasciare l'intera decisione al caso. In altre parole, ciò consisterebbe nel rinunciare alla valutazione clinica che il sanitario è tenuto a fare, privilegiando il criterio cronologico secondo una logica del genere "chi prima arriva, meglio alloggia"<sup>374</sup>.

Preso atto di questa prima macro- distinzione, si può ora andare a considerare nello specifico gli obiettivi che il *triage* esiziale persegue:

- Salvare il più elevato numero di vite umane possibile;
- Salvare il più alto numero possibile di anni complessivi di vita (in riferimento ad ogni singola persona);
- Dopo aver salvato il più alto numero di anni possibile, cercare di garantire un adeguato livello di qualità di vita. In effetti, a nulla potrebbe servire salvare la vita di una persona se poi questa non fosse in grado di compiere le normali attività quotidiane. A questo punto qui la questione diventa un problema di tipo etico perché non è facile comprendere quando salvare una vita sia sempre la scelta migliore. In realtà, questo della scelta legata alla qualità di vita è un tema molto delicato e ricorrente nell'ambito sanitario. A titolo di esempio si può ricordare il famoso caso Cappato. In quella circostanza, il signor Marco Cappato, era stato imputato del reato *ex art. 580 cod .pen.* per aver rafforzato il proposito suicidiario di Antoniani Fabiano. Costui era affetto da tetraplegia e cecità a causa di un incidente stradale avvenuto il 13 giugno 2014. Nel caso di specie, il medico avrebbe prospettato al signor Antoniani la possibilità di ottenere assistenza al suicidio presso la sede dell'associazione Dignitas, a Plaffikon in Svizzera. Inoltre, il signor

---

<sup>374</sup> Per un prospetto più approfondito sulla questione si rinvia a TAUREK J.M, *Should the numbers count?*, in *Philosophy & Public Affairs*, 1977, 293.

Cappato si sarebbe attivato per mettere in contatto i familiari di Antoniani con la Dignitas e avrebbe fornito a quest'ultima tutte le informazioni necessarie. Infine, avrebbe agevolato il suicidio del signor Antoniani, trasportandolo in auto presso la Dignitas il 25 febbraio 2017, dove il suicidio si verificò il 27 febbraio 2017<sup>375</sup>. In quell'occasione il caso era arrivato fino alla Corte Costituzionale, che si è pronunciata sul punto nel 2019 affermando che “in tema di istigazione o aiuto al suicidio, è costituzionalmente illegittimo l'art. 580 cod. pen. nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della L. 22 dicembre 2017 n. 219 ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità idonee, comunque sia, a offrire garanzie sostanzialmente equivalenti, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente<sup>376</sup>.”

Come si può ben vedere, gli obiettivi perseguiti dal triage esiziale sono tre e non sono tutti uguali. Infatti, i primi due sono di genere quantitativo; mentre il terzo è di tipo qualitativo e ha come condizione logica- necessaria che si siano già raggiunti i primi due scopi<sup>377</sup>. Per quanto attiene ai primi due requisiti (quelli quantitativi), è bene chiarire che essi sono tra loro incompatibili, questo perché molti anni di vita per pochi soggetti è molto diverso dal dare pochi anni

---

<sup>375</sup> STAMPANONI BASSI G., *Processo nei confronti di Marco Cappato per il suicidio assistito di Dj Fabo*, in *Giurisprudenza Penale*, 2016.

<sup>376</sup> C. Costituzionale, 22 novembre 2019, n. 242, in *One Legale*.

<sup>377</sup> Cfr. ANNAS G.J., *Worst case bioethics: Death, disaster, and public health*, Oxford, 2010, 7.

di vita a molte persone. Inoltre, in generale, si propende molto di più per il criterio del numero di vite rispetto a quello del quantitativo di anni e questa prospettiva che mira a salvare il più alto numero di individui è anche in linea con la nostra carta costituzionale<sup>378</sup>.

Per giunta, tra questi tre obiettivi, vi è un altro problema: ossia il fatto che nel tentare di salvare il maggior numero di vite non si tiene in considerazione la qualità di vita che si può garantire a coloro che ricevono l'assistenza medica. Infatti, quello della qualità di vita viene considerato come un terzo requisito, separato da tutti gli altri, e la conseguenza di ciò è la involontaria discriminazione di tutti quei pazienti che sono già affetti da altre malattie pregresse e che per questa ragione partono svantaggiati con le diverse terapie. Si prenda, per esempio, il caso di un signore anziano che ha avuto per tutta la sua vita dei problemi di respirazione. Un soggetto così, di fronte una malattia come il Covid-19 risulterebbe senza dubbio essere più debole. Non deve meravigliare, quindi, che nel caso di carenza di strumenti tecnici, il medico potrebbe offrire la terapia a qualcuno che abbia maggiori prospettive di sopravvivenza.

Si noti anche che, oltre al semplice criterio della “probabile sopravvivenza”, ce ne sono anche degli altri che devono essere considerati, a cominciare da quello dell'età. Così, per esempio, un ragazzo di 24 anni ha più probabilità di rimettersi rispetto ad una signora di 86<sup>379</sup>. Questi ed altri mezzi che agevolano la scelta del medico, tuttavia, ci fanno capire una cosa molto importante, ossia che in generale c'è una preferenza verso i soggetti più giovani con la differenza che alcuni criteri lo mostrano in modo più diretto e altri in modo più indiretto. Tutto ciò avverrebbe in forza del criterio di *fair inning*, secondo il quale i soggetti più giovani d'età avrebbero più diritto a vivere qualche anno in più (rispetto invece ad una persona anziana che, per così dire, “ha già vissuto la

---

<sup>378</sup> KAMM F.M., *Morality, mortality: Death and whom to save from it*, I, Oxford, 1993, 31.

<sup>379</sup> ALAGNA R., *Profili penali*, cit., 29.

sua vita”). Inoltre, questo criterio di scelta andrebbe applicato a prescindere dall’aspettativa di vita che si possa ricavare per il giovane; l’importante è che anche lui possa godere di una *fair shot at life*<sup>380</sup>.

Di vitale importanza risulta essere, poi, il criterio della prognosi di sopravvivenza (e questo a prescindere sia dell’età dell’individuo, sia dalla qualità della vita). Tuttavia, sebbene si possa considerare basilare (infatti per poter decidere è necessario aver prima fatto una prognosi), questo criterio ha un difetto: i possibili errori diagnostici. Tuttavia, questo mezzo di scelta viene molto spesso preferito nel nostro ordinamento in quanto risulta essere in linea sia con la nostra struttura della responsabilità penale, sia coi valori costituzionali. Diversamente accade invece per il criterio dell’età che, sebbene venga usato in altri Paesi, non trova facile ingresso da noi e ciò sia per quanto riguarda l’aspettativa di vita, sia per l’età anagrafica<sup>381</sup>.

Per quanto riguarda, invece, i criteri basati sul caso, apparentemente sembrano essere la soluzione più adeguata. Questo perché secondo la logica del “chi prima arriva, meglio alloggia”, nel dispensare gli strumenti medici necessari non si discriminerebbe alcuno. Oltre a ciò, è stato affermato che permette al medico di non dover prendere in considerazione né prognosi o diagnosi lasciando il medico libero da qualunque genere di responsabilità<sup>382</sup>. E in effetti, la maggioranza della dottrina reputa che questo criterio sia incompatibile con il principio di responsabilità<sup>383</sup>. Tuttavia, di fatto, non è così. Questo criterio non considera in modo concreto il problema. Si afferma, infatti che questo criterio non solo andrebbe contro il principio morale dell’indifferenza temporale, ma finirebbe anche col discriminare quelle persone che hanno degli

---

<sup>380</sup> HARRIS J., *The value of life, An introduction to medical ethics*, Routledge, 2006, 46.

<sup>381</sup> ALAGNA R., *Profili penali*, cit., 30.

<sup>382</sup> DUFNER A., *Withdrawal of intensive care during times of severe scarcity: Triage during a pandemic only upon arrival or with the inclusion of patients who are already under treatment?*, in *Bioethics*, 2021, 118; BARILAN Y.M., *Allocation of respirators in the coronavirus crisis in Israel: An ethical analysis and a scheme for triage*, in *The Israel Medical Association Journal*, 2021, 274.

<sup>383</sup> DUTTGE D., *Not kennt kein Gebot?*, in *MedStra*, 2020, 194.

impedimenti oggettivi che non gli permettono di raggiungere le strutture sanitarie prima di altri individui più “sani”<sup>384</sup>. Si pensi, per esempio, al caso di un uomo che abita in campagna e l’ospedale più vicino dista quattro ore in macchina: in simile circostanza è indubbio che questo individuo, in un’ottica di carenza di risorse sanitarie, verrebbe inevitabilmente abbandonato a se stesso. Ancora, in Germania alcuni Autori reputano che il criterio che dovrebbe avere la meglio sugli altri è quello dell’urgenza e c’è pure chi sostiene che nei casi in cui l’emergenza sia di pari valore per tutti i pazienti, si dovrebbe agire cercando di dare la precedenza a coloro che sono più fragili<sup>385</sup>.

In definitiva, comunque, si reputa che la valutazione clinica delle probabilità di successo della terapia sia il criterio più accreditato. Come è già stato detto, questo metodo di valutazione non è perfetto e un altro dei difetti che lo caratterizza è che non sempre si riesce a comprendere appieno come si dovrebbe interpretare la parola “successo”, collegata alla terapia. È un successo la semplice sopravvivenza oppure il fatto che non siano derivati dei danni troppo pesanti per l’individuo<sup>386</sup>? Ciò nonostante è indubbio che per il fine perseguito durante la pandemia da Covid- 19 (cioè, massimizzare il maggior numero di persone che si riesca a salvare) il criterio della probabilità di successo è quello che può portare al risultato più auspicabile, nonostante i difetti che questo si porta dietro<sup>387</sup>.

La dottrina tedesca ha riflettuto molto sul punto ed è arrivata a ritenere che, nel caso in cui insorga un conflitto di doveri a causa di due pazienti che sono, per così dire, uguali, si dovrà utilizzare il criterio della probabile sopravvivenza per decidere a chi offrire le cure necessarie. Come si è visto, questo criterio può

---

<sup>384</sup> EBERL J.T., *Ethics as usual? Unilateral withdrawal of treatment in a state of exception*, in *The American Journal of Bioethics*, 2020, 210.

<sup>385</sup> DUTTGE D., *Not kennt*, cit., 194.

<sup>386</sup> HILGENDORF E., *Triage, Recht und Ethik*, in HILGENDORF E.- HOVEN E.- ROSTALSKI F., *Triage in der (Strafrechts.) Wissenschaft*, Baden- Baden, 2021, 165.

<sup>387</sup> Sul punto si rinvia a BIRNBACHER D., *Triage- Entscheidungen im Kontext der CoronaPandemie- die Sicht eines Ethikers*, in HÖRNLE T.- HUSTER S.- POSCHER R., *Triage in der Pandemie*, Tubinga, 2021, 189.

subire l'influenza di molti fattori (età, salute, decorso della malattia,...) ma da un punto di vista etico non pone problemi<sup>388</sup>. Il criterio in esame risolve il problema della scelta perché, distinguendo i pazienti in base a quali siano le loro probabilità di sopravvivere, finisce col distinguere anche i doveri: si fa una gerarchia su di essi e il medico è obbligato a dare assistenza a chi presenta la prognosi migliore<sup>389</sup>.

In dottrina, poi, vi è anche chi ha fatto un passo in più, e reputa che sia conforme ai principi espressi dalla Costituzione usare l'aspettativa di vita come un criterio sussidiario qualora due diversi individui abbiano la stessa probabilità di sopravvivere. La *ratio* che sta dietro questa decisione è semplice: anche se da un punto di vista qualitativo due vite sono reputabili come uguali, non si può negare che esse possano essere distinte da un punto di vista quantitativo e cioè guardando l'età degli individui. Tuttavia, è da chiarirsi che secondo questa parte della dottrina, questo sia un criterio *de residuo*<sup>390</sup>.

La dottrina tedesca reputa che sia possibile distinguere i diversi obblighi di fare che vengono sanzionati penalmente. In pratica si andrebbe a dividere in diversi livelli e ad ogni livello corrisponderebbero delle persone con diverse probabilità di sopravvivere<sup>391</sup>. Pertanto, il medico potrebbe usufruire della esimente solo nel caso in cui agisca nei confronti del soggetto che ha più probabilità di sopravvivenza. Qualora, invece, non facesse ciò gli verrebbe addebitato il reato di omicidio per omissione. Questa appena spiegata è una logica di stampo prettamente utilitaristico e ha un fondamento di tipo neo-contrattualista. In particolare, è collegata alla teoria della giustizia distributiva

---

<sup>388</sup> GAEDE K.- KUBICIEL M.- SALIGER F.- TSAMBIKAKIS M., *Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage- Entscheidungssituation*, in *Medstra*, 2020, 133.

<sup>389</sup> HOVEN E., *Die Triage- Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft*, in *JZ*, 2020, 452; GAEDE K.- KUBICIEL M.- SALIGER F.- TSAMBIKAKIS M., *Rechtmäßiges Handeln*, cit., 133.

<sup>390</sup> HOVEN E., *Die Triage- Situation*, cit., 451.

<sup>391</sup> HOVEN E.- HAHN E., *Strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Covid 19- Pandemie*, in *JA*, 2020, 482; GAEDE K.- KUBICIEL M.- SALIGER F.- TSAMBIKAKIS M., *Rechtmäßiges Handeln*, cit., 134.

di Rawls e del criterio del velo di ignoranza enucleato da questo<sup>392</sup>. L'Autore tedesco era arrivato alla conclusione secondo cui una persona media, come risultato, dovrebbe arrivare ad una scelta razionale e si dovrebbe giungere anche alla miglior distribuzione delle risorse scarse<sup>393</sup>. Ebbene, premesso ciò, la dottrina tedesca sembra ritenere che l'uomo medio, nel compiere una scelta fondata sulla *ratio*, sceglierebbe di salvare il maggior numero di soggetti, e quindi anche accettare se necessario i criteri di diversificazione che trovano il loro fondamento nell'età del paziente e nella probabilità di sopravvivenza<sup>394</sup>.

Dopo che è stata proposta questa visione utilitaristica dalla dottrina tedesca, è iniziato il processo della sua revisione critica. Innanzitutto, da un punto di vista concreto, la prognosi che viene fatta sui pazienti renderebbe differenti tra di loro i beni giuridici tra i quali bisogna scegliere. Di conseguenza, il medico avrebbe l'obbligo di salvare chi, tra i malati, ha più probabilità di guarire<sup>395</sup>. Si avanzano quindi una serie di critiche generali:

- La critica di fallace consequenzialismo. Questo accadrebbe perché nel dare maggior importanza agli aspetti fisiologici che fondano la prognosi si darebbe più rilievo a questi aspetti concreti rispetto a quel macro elemento che è la vita del paziente<sup>396</sup>.
- L'accusa di olismo. In altre parole, poiché la pandemia ha avuto un effetto così esteso, nel considerare la scelta la figura individuale del

---

<sup>392</sup> Per un approfondimento sull'esperimento fatto da Rawls si rinvia ad ALAGNA R., *Profili penali*, cit., 35.

<sup>393</sup> ZIMMERMANN, *Kontraktualistische Überlegungen: Auf welche Zuteilungskriterien würden wie uns unter dem "Schleier des Nichtwissens" einigen?*, in HILGENDORF E.- HOVEN E.- ROSTALSKI F., *Triage in der Pandemie*, Tubinga, 2021, 246.

<sup>394</sup> HOVEN E., *Berücksichtigung von Lebensalter und Lebenserwartung*, in HÖRNLE T.- HUSTER S.- POSCHER R., *Triage in der Pandemie*, Tubinga, 2021, 249 ss.; LUBBE W., *Orientierung in der Corona-Krise? Nicht mit Doppelbotschaften*, in *MedR.*, 2020, 438.

<sup>395</sup> COCA VILA I., *Strafrechtliche Pflichtenkollision*, cit., 446.

<sup>396</sup> COCA VILA I., *Strafrechtliche Pflichtenkollision*, cit., 453; PAWLIK M., *Der rechtfertigende Notstand*, Monaco, 2002, 32.

singolo paziente verrebbe assorbita da quell'altra macro-categoria che è la società. Si tratterebbe, dunque, di una svalutazione del singolo<sup>397</sup>.

- L'accusa di concentrarsi troppo sulla minimizzazione dei danni che possono derivare dalla mancanza dei mezzi sanitari necessari<sup>398</sup>.

Per quanto attiene, invece, al rapporto tra questa soluzione utilitarista e il conflitto tra doveri penalistici, chi è contrario a questa interpretazione avanzata da una parte della dottrina afferma che essa non possa essere usata per risolvere il conflitto dei doveri. Questo perché le cause di giustificazione sono state create con il fine di tutelare i diritti di colui che si è trovato nel mezzo di un conflitto di doveri e non hanno come ultimo obiettivo quello di raggiungere la soluzione migliore per la società. Di conseguenza, bisognerebbe analizzare le posizioni di tutti i coinvolti e permettere solo a chi veramente deve reggere il peso del conflitto dei doveri di utilizzare le cause di giustificazione. In altre parole, è la cura verso i diritti individuali che dovrebbe permettere di arrivare ad una soluzione del conflitto e non invece la cura a favore di quel generico ideale che è la società<sup>399</sup>.

Ancora, per quanto attiene, invece, all'argomentazione neo-contrattuali sta, si è affermato che non è possibile utilizzare il concetto del velo di ignoranza creato da Rawls per il conflitto dei doveri, in quanto questa in realtà altro non è che una situazione in cui ciascuno non vuole aumentare il beneficio di una società, ma ridurre i propri rischi personali<sup>400</sup>.

In definitiva, le critiche che vengono mosse alla dottrina tedesca si basano sul fatto che il problema del conflitto dei doveri deve essere affrontato con un approccio concreto. Questa è la base per l'individualismo normativo e di conseguenza la pretesa di un paziente a ricevere delle cure non verrebbe meno

---

<sup>397</sup> Sul punto fai un confronto con COCA VILA I., *Strafrechtliche Pflichtenkollision*, cit., 453; PAWLIK M., *Der rechtfertigende Notstand*, cit., 32.

<sup>398</sup> RENZINOWSKI J., *Notstand und Notwehr*, Berlino, 1994, 202.

<sup>399</sup> RENZINOWSKI J., *Notstand und Notwehr*, cit., 41; PAWLIK M., *Der rechtfertigende Notstand*, cit., 131.

<sup>400</sup> Cfr. COCA VILA I., *Strafrechtliche Pflichtenkollision*, cit., 454.

solo perché sopraggiunge un altro individuo con una prognosi migliore. L'approccio utilitaristico tenta di risolvere il conflitto dei doveri in favore di una collettività superiore che però non può essere concretamente modellata. Inoltre, è bene ricordare che malgrado tra gli obiettivi che si perseguono attraverso il triage vi sia anche quello del salvare il maggior numero di persone, quando si ha a che fare con la vita dei singoli individui, non si sta parlando di numeri, ma della vita di qualcuno<sup>401</sup>.

#### Par. 4. L'interruzione del trattamento e lo scudo penale

A questo punto è necessario prendere in esame il *triage ex post*. Come il normale *triage*, il problema che adesso si esaminerà consiste nella scelta molto difficile che il sanitario è tenuto a fare. In particolare, questo speciale tipo di decisione *ex post* si verifica in quei casi dove il medico aveva già disposto l'uso di una cura salvavita per un paziente, ma decide di interromperla a favore di un secondo soggetto che, sopraggiunto in un momento successivo, presenta una prognosi migliore. Ebbene, una parte della dottrina reputa che in questa situazione sia possibile invocare lo stato di necessità<sup>402</sup>.

La dottrina tedesca sul punto era sempre stata ferma: non era possibile né giustificare, né escludere la colpevolezza nei casi di interruzione del trattamento medico. Le argomentazioni a sostegno di questa conclusione erano due:

- Innanzitutto, stando all'art. 34 StGB tedesco, lo stato di necessità scriminante, qualora insorga un conflitto di doveri, può essere invocato solo nei casi in cui si agisce per salvare un bene che è di valore più alto

---

<sup>401</sup> STERNBERG D.- LIEBEN D., Corona- Pandemie, Triage und Grenzen rechtfertigender Pflichtenkollision, in *MedR.*, 2020, 631.

<sup>402</sup> ASS S.- WASSERMAN D., *Bodily rights in personal Ventilators?*, in *Journal of Applied Philosophy*, 2021, 1 ss.; BRONNER B., *Two Way sto Kill a Patient*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 2018, 44; BRONNER B., *The Total Artificial Heart and the Dilemma of Deactivation*, in *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 2016, 347.

rispetto a quello che viene sacrificato<sup>403</sup>. Si comprende subito, dunque, che nel caso del *triage* esiziale i due beni in conflitto sono la vita umana, e non è possibile ritenere che una abbia un valore superiore rispetto all'altra. Per di più, pensare di elevare il valore di una vita perché vi è una prognosi più favorevole sembra a dir poco assurdo<sup>404</sup>.

- Inoltre, da un punto di vista valoriale, deve prevalere il rispetto dei divieti rispetto a quello degli obblighi nel caso in cui il valore dei beni sia il medesimo<sup>405</sup>.

In definitiva, secondo questa impostazione, nell'ordinamento tedesco era preponderante l'opzione di non andare ad alterare il rapporto intercorrente tra fatti e beni giuridici e, come si è appena detto, qualora si andasse a modificare tale rapporto, l'azione non verrebbe né scriminata, né scusata (con la sola eccezione dei prossimi congiunti del sopravvissuto)<sup>406</sup>. Tuttavia, la recente pandemia ha portato ad una svolta non indifferente che ha rovesciato il modello. Si è affermato, infatti, che qualora ricorrano alcuni specifici requisiti, il sanitario, che interrompe il trattamento medico in corso per il paziente A per rivolgerlo al paziente B, non solo non sarà punibile, ma avrà perfino l'obbligo di interromperlo<sup>407</sup>.

Tale conclusione si fonda su una semplice premessa: il paziente che sta usufruendo del ventilatore non possiede un diritto soggettivo su questo strumento sanitario per il solo fatto che egli lo stia usando. In effetti, l'unica vera differenza che ci sarebbe tra un paziente A (che già sta usufruendo delle cure), e un paziente B (sopraggiunto), è il fatto che A detiene il ventilatore.

---

<sup>403</sup> Nello stato di necessità tedesco l'esimente si fonda sulla proporzione tra i due beni in conflitto. Nel *triage ex post*, di norma, non si potrebbe usare lo stato di necessità perché i due beni sono uguali, e dunque manca la prevalenza di uno sull'altro che il codice penale tedesco pretende. Sulla questione, cfr. HILGENDORF E., *Triage, Recht und Ethik*, cit., 172- 173.

<sup>404</sup> NEUMANN Z., § 34, in KINDHÄUSER, *Nomos Kommentar- StGB*, Baden- Baden, 2017.

<sup>405</sup> AST S., *Die ex- post Triage. Ein Blick auf die Aktuelle Diskussion*, in HILGENDORF E.- HOVEN E.- ROSTALSKI F., *Triage in der (Strafrechts-) Wissenschaft*, Baden- Baden, 2021, 181.

<sup>406</sup> COCA VILA I., *Strafrechtliche Pflichtenkollision*, cit., 451

<sup>407</sup> ALAGNA R., *Profili penali*, cit., 44.

Interrompere il trattamento, quindi, non andrebbe a ledere la sfera dei diritti soggettivi del primo paziente<sup>408</sup>. Diversamente, se si attribuisse un diritto soggettivo all'individuo su tale attrezzatura, si andrebbe contro lo scopo solidale- collettivo del respiratore in una circostanza di scarsità di mezzi. La tesi si articola poi su due punti:

- In primo luogo, il paziente avrebbe il mero diritto di utilizzare il respiratore partecipando ad esso in condizioni di parità rispetto alla distribuzione delle risorse mediche scarse. Per questa ragione, la pubblica amministrazione, qualora lo reputasse necessario, può riallocare le risorse mediche se agendo così la cosa risulterà essere maggiormente ottimale per tutelare la salute<sup>409</sup>.
- In secondo luogo, il ventilatore, essendo semplicemente una macchina, sarebbe inutile senza l'assistenza del personale sanitario che deve accenderlo e mantenerlo funzionante<sup>410</sup>.

Spiegata la tesi centrale adottata dalla Germania, occorre ora esaminare come la dottrina ha affrontato la questione. Una parte di essa ha ritenuto che da un punto di vista giuridico, la posizione del paziente sopravvenuto e quella del paziente intubato non differiscono. Di conseguenza, il paziente che sta già usufruendo delle cure non avrebbe alcun genere di vantaggio e in effetti, stando così le cose, si è di fronte a due individui identici ed a un solo ventilatore. La circostanza delineata non appare, pertanto, nuova, perché di fatto non è diversa dall'ipotesi del *triage ex ante*<sup>411</sup>. Quindi, il medico ha piena facoltà di decidere come allocare al meglio le risorse per salvare il paziente che reputa

---

<sup>408</sup> Si rinvia a GAEDE K.- KUBICIEL M.- SALIGER F.- TSAMBIKAKIS M., *Rechtmäßiges Handeln*, cit., 130.

<sup>409</sup> HÖRNLE T., *Ex post- Triage: Strafbar als Tötungsdelikt?*, in HÖRNLE T.- HUSTER S.- POSCHER R., *Triage in der Pandemie*, Tubinga, 2021, 171; KUBICIEL M., *Die Triage in der rechtswissenschaftlichen Diskussion*, in *Zeitschrift für med. Ethik*, 2020, 515.

<sup>410</sup> GAEDE K.- KUBICIEL M.- SALIGER F.- TSAMBIKAKIS M., *Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen*, cit., 135; HÖRNLE T., *Ex post- Triage*, cit., 171.

<sup>411</sup> JÄGER W.W.- GRÜNDEL J., *Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung*, cit., 157; GAEDE K.- KUBICIEL M.- SALIGER F.- TSAMBIKAKIS M., *Rechtmäßiges Handeln*, cit., 134.

più idoneo (e con ogni buona probabilità sarà il paziente che presenta la miglior prognosi).

Un'altra parte della dottrina, invece, adotta una posizione differente reputando che l'interruzione del trattamento abbia natura ibrida. Infatti, questa condotta non sarebbe catalogabile interamente né come un'azione né come un'omissione. Di conseguenza, si è ipotizzata una speciale causa di giustificazione<sup>412</sup>. A tal riguardo, si è affermato che, siccome interrompere la cura non andrebbe ad impattare sulla sfera giuridica dell'individuo, non ci sarebbe bisogno di rispettare i requisiti previsti dall'art. 54 StGB, secondo cui sarebbe necessario, per invocare lo stato di necessità, un interesse prevalente che possa giustificare il sacrificio dell'altro bene. Nell'ambito del triage ex post, i beni in conflitto (e cioè la vita dei due individui) sono identici, e dunque la scriminante non sarebbe applicabile<sup>413</sup>. In particolare, secondo quella parte della dottrina tedesca, che reputa che sia consentito fare una graduazione dei vari doveri di salvare la vita umana (in base alle probabilità di sopravvivere), la scriminante speciale può essere applicata anche nel caso del *triage ex post*<sup>414</sup>.

A queste interpretazioni della dottrina tedesca sono state mosse varie critiche. Innanzitutto, va premesso che, nel tempo, si è abbandonata l'idea secondo cui la norma che pone un divieto dovrebbe prevalere su quella che invece pone un obbligo. Questa peculiare interpretazione aveva la caratteristica di attribuire minor valore all'omissione (che avrebbe riguardato solo interessi) rispetto all'azione (che avrebbe riguardato solo diritti soggettivi). Tuttavia, si è riaffermato non solo che violare un obbligo o un divieto sia la medesima cosa, ma anche che non vi è differenza alcuna fra una condotta omissiva ed una attiva in questo ambito. Il risultato che si sarebbe ottenuto, dunque, è il rifiuto

---

<sup>412</sup> ALAGNA R., *Il nuovo corso*, cit., 298.

<sup>413</sup> ALAGNA R., *Profili penali*, cit., 46-47.

<sup>414</sup> GAEDE K., *Strafrechtliche Fragen des Infektionsschutzes und von Pandemien*, in ULSENHEIMER K.- GAEDE K., *Arztstrafrecht in der Praxis*, Heidelberg, 2021, 1796.

di quella visione naturalistica secondo cui, salvo interferenza umana, ad operare sarebbe il destino<sup>415</sup>.

Su questa premessa la dottrina tedesca pareva essere concorde, ma la scissione doveva avvenire in seguito. Infatti, gli studiosi utilitaristi sono propensi a ritenere che sarebbe possibile ricorrere al *triage ex post*; invece, gli studiosi individualisti liberali reputano che da questa eguaglianza tra obblighi e doveri derivi un danno per il paziente già intubato, in quanto la sua posizione giuridica diverrebbe precaria<sup>416</sup>.

Vi sono poi argomentazioni minori contro il *triage ex post*, tra le quali il rilievo che, se i cittadini non possono avere la certezza che una volta iniziata la cura questa verrà anche portata a termine, il risultato sarà una sfiducia da parte le persone nei confronti del sistema sanitario. Questo avviene perché si percepisce che non è più un proprio diritto avere la piena esplicazione del trattamento medico necessario<sup>417</sup>.

In definitiva, la critica contro la nuova direzione adottata dalla dottrina tedesca per quanto riguarda il *triage ex post* afferma che il sanitario compierebbe un duplice torto. Innanzitutto, egli abbandonerebbe il primo paziente, per così dire, a cose iniziate, lasciando il bene vita al suo infausto destino. Successivamente, il dottore aggredirebbe la sfera giuridica di un soggetto terzo che era estraneo a tutta la situazione. Inoltre, non venendo utilizzato nessun criterio per dividere in livelli (e dunque creare una gerarchia) i doveri e i beni, si ritiene che sia impossibile operare con la scriminante. Ne deriverà, quindi, la responsabilità del medico per omicidio doloso<sup>418</sup>.

Infine è bene passare ad analizzare un ultimo elemento che, per quel che attiene alla pandemia da Covid-19, è stato fondamentale: si sta facendo qui riferimento al cosiddetto “scudo penale”. Innanzitutto, per prendere in

---

<sup>415</sup> COCA VILA I., *Die Kollision von Verpflichtungsgründen im Strafrecht*, in *ZStW*, 2018, 974.

<sup>416</sup> COCA VILA I., *Strafrechtliche Pflichtenkollision*, cit., 458.

<sup>417</sup> ALAGNA R., *Profili penali*, cit., 48.

<sup>418</sup> COCA VILA I., *Strafrechtliche Pflichtenkollision*, cit., 461.

considerazione questo fenomeno, bisogna prima considerare il contenuto dell'art. 590 *sexies* del cod. pen, che era stato introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 6, comma 1, della L. 8 marzo 2017, n.24 (che legiferava proprio della responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie). L'articolo dispone che “ Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico- assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto”.

Questo articolo ha portato tutta una serie di innovazioni. Innanzitutto, si è esclusa la rilevanza della distinzione tra colpa lieve e colpa grave per quanto attiene alla responsabilità professionale del medico (che era stata accolta dalla cosiddetta legge Balduzzi del 2012). Con il nuovo art. 590 *sexies* si è attribuita rilevanza alle condotte del sanitario caratterizzate anche solamente da colpa lieve (la cui rilevanza penale, prima di allora era stata invece esclusa dall'art. 3, comma 1, d.l. 13/9/2012, n. 158)<sup>419</sup>.

Il comma 1 dell'art. 590 *sexies* in realtà non aggiunge nulla di nuovo. Infatti, si limita ad affermare che si applicheranno gli artt. 589 e 590 cod. pen. qualora un individuo, nell'esercizio della professione sanitaria, commettesse omicidio o lesioni personali colpose. Le pene applicate, dunque non variano in nulla rispetto alla disciplina previgente.

Il comma 2, invece, contiene una novità là dove afferma che, qualora sia avvenuto un fatto causato dall'imperizia dell'agente, questo non verrà punito nel caso in cui, nel svolgere la sua attività, siano state seguite le

---

<sup>419</sup> RONCO M, in RONCO M.-ROMANO B., *Codice Penale commentato*, in *One Legale*, sub Art. 590 *sexies*, 3.

raccomandazioni contenute nelle linee guida (come previste dalla legge). Qualora non vi siano linee guida, il soggetto non verrà comunque punito se risulterà che siano state rispettate le corrette pratiche clinico- assistenziali<sup>420</sup>. Se da un punto di vista astratto, la norma non sembra porre problemi, in concreto si pongono invece varie questioni per giungere ad escludere la responsabilità del sanitario. In effetti, il problema principale consiste in quello che è definibile semplicemente come una contraddizione. Questo perché, in una circostanza concreta non è immaginabile che venga nel contempo fatto un rimprovero per imperizia e che siano state rispettate le linee guida, applicate al caso concreto. Di conseguenza, il 590 *sexies*, comma 2, difficilmente si potrà utilizzare fuori dalle ipotesi dove la colpa poteva essere esclusa attraverso i principi generali che vengono fissati dall'art. 43 del cod. pen.. Per quanto attiene, invece, alla colpa per imprudenza o per negligenza, essa dovrà essere esclusa nel caso in cui le linee guida che contengono le regole di prudenza o diligenza<sup>421</sup> vengano rispettate.

Come si è visto, il nuovo articolo presenta delle contraddizioni, e proprio su di esse si è espressa la Corte di Cassazione, che nel 2017 ha statuito che “In tema di colpa medica, la nuova disciplina dettata dall'art. 590 *sexies*, cod. pen. (introdotta dall'art. 6, comma secondo, della legge 8 marzo 2017, n. 24) che, nel caso di evento lesivo o mortale verificatosi a causa di imperizia dell'esercente la professione sanitaria, esclude la punibilità dell'agente il quale abbia rispettato le raccomandazioni previste dalle linee guida ufficiali ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche assistenziali, e sempre che tali raccomandazioni risultino adeguate alle specificità del caso concreto - non trova applicazione: a) negli ambiti che, per qualunque ragione, non siano governati da linee guida; b) nelle situazioni concrete in cui le suddette raccomandazioni debbano essere radicalmente disattese per via delle peculiari condizioni del paziente o per

---

<sup>420</sup> RONCO M, in RONCO M.-ROMANO B., *Codice Penale commentato*, cit., 3.

<sup>421</sup> Previste dall'art. 5, L. 8 marzo 2017, n.24.

qualunque altra ragione imposta da esigenze scientificamente qualificate; c) in relazione alle condotte che, sebbene collocate nell'ambito di approccio terapeutico regolato da linee guida pertinenti e appropriate, non risultino per nulla disciplinate in quel contesto regolativo, come nel caso di errore nell'esecuzione materiale di atto chirurgico pur correttamente impostato secondo le raccomandazioni ufficiali”<sup>422</sup>.

Recentemente, poi, è stato affermato dalla medesima Suprema Corte che il giudice, nello svolgere la sua valutazione, è tenuto ad esaminare l'intera condotta del medico, quindi sia le attività svolte durante l'intervento, sia quelle svolte nel *post operatorio*<sup>423</sup>.

Ancora, bisogna prendere in considerazione gli artt. 3 e 5 della L. 8/3/2017, n. 24, che crea le condizioni necessarie per riconoscere formalmente le linee guida e le buone pratiche mediche che possono essere prese in considerazione quando il giudice è tenuto ad esaminare la responsabilità colposa dell'individuo. L'art. 5 della legge indica infatti le linee guida che i sanitari devono seguire, dando valore a quelle che vengono pubblicate nel Sistema nazionale per le linee guida. Queste ultime vengono decise sia da enti pubblici, sia da enti privati; e a dare il loro apporto contribuiscono pure le società scientifiche e le associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in un apposito elenco, disciplinato da un decreto del Ministro della salute. Nel caso in cui non ci dovessero essere raccomandazioni contenute in tali linee guida, coloro che svolgono pratiche sanitarie devono seguire le buone pratiche clinico-assistenziali, regolate dall'art. 3.

Infine, sembra opportuno ricordare alcuni degli importanti cambiamenti che si sono avuti sul tema della responsabilità durante il periodo della pandemia. Ebbene, l'art. 3, d.l. 1/4/2021, n. 44 (convertito successivamente con delle modifiche nella l. 28/5/2021, n. 76), ha introdotto una causa di non punibilità

---

<sup>422</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 20 aprile 2017, n. 28187, in *One Legale*.

<sup>423</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 4 marzo 2021, n. 11719, in *One Legale*.

per i reati di omicidio e lesioni colpose (corrispettivamente, artt. 589 e 590 cod. pen.), che sono stati causati dal vaccino per prevenire le infezioni da SARS-CoV-2. Si fa qui riferimento ai vaccini autorizzati con la l. 30/12/2020, n. 178<sup>424</sup>. Si è, infatti, previsto che questa peculiare causa di non punibilità, nata in un periodo imprevedibile ed eccezionale come quello della pandemia, operi solo nelle ipotesi in cui la somministrazione del vaccino sia avvenuta nei modi previsti nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle autorità competenti e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute<sup>425</sup>.

Non basta. Proprio dalla legge di conversione del citato decreto legge, è stato introdotto l'art. 3- *bis*. Quest'ultimo prevedeva una limitazione, alle sole ipotesi di colpa grave, per la responsabilità penale di coloro che svolgevano una professione sanitaria in ordine ai reati previsti dagli artt. 589 e 590 cod. pen., commessi durante il periodo della emergenza epidemiologica da Covid-19, verificatisi durante lo svolgimento della propria professione sanitaria e che trovavano fondamento nella situazione di emergenza<sup>426</sup>. L'art. 3- *bis* per la peculiare funzione che svolgeva, e cioè quella di proteggere dai reati di omicidio e lesioni personali colpose gli esercenti della professione sanitaria, è stato chiamato "scudo penale", e questo è quanto afferma: "Durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe, i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale, commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, sono punibili solo nei casi di colpa grave. Ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto

---

<sup>424</sup> RONCO M, in RONCO M.-ROMANO B., *Codice Penale commentato*, cit., 4.

<sup>425</sup> Art. 3, L. 28 maggio 2021, n. 76.

<sup>426</sup> RONCO M, in RONCO M.-ROMANO B., *Codice Penale commentato*, cit., 5.

sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza”<sup>427</sup>.

Inoltre, il comma 2 del citato art. 3- *bis* indicava espressamente alcuni dei parametri che i giudici erano tenuti ad osservare quando esaminavano la colpa per decidere se escludere o meno la responsabilità. La norma nell’usare la formula “tra i fattori” implicitamente stabiliva che, oltre a quelli elencati, ne potevano esistere altri. Tuttavia, la norma non offre alcuna definizione di colpa grave; si limita ad identificare alcuni parametri che altro non sono se non alcuni criteri di valutazione. I fattori elencati sono:

- Scarsità delle risorse umane e materiali: questo accade a causa dell’elevato numero di pazienti e il corrispettivo insufficiente numero di strumenti medici.
- Limitatezza delle conoscenze che si avevano riguardo la malattia.
- Il minor grado di conoscenze tecniche ed esperienza posseduta dal personale non specializzato.

È bene chiarire che l’art. 3 e 3- *bis* della legge n. 76/ 2021, sebbene simili, hanno in realtà due scopi diversi. Nel caso dell’art.3 si può parlare di disposizioni in tema di vaccino penale, in quanto tale sembra essere il *focus* della disposizione; mentre per l’art. 3- *bis*, dato lo spettro più ampio che esso va a considerare, si può davvero parlare di scudo penale. Inoltre, essendo questo nuovo scudo inoperante rispetto alla colpa grave, un sanitario potrà usufruire di questa speciale causa di non punibilità nel caso in cui ci sia solo colpa lieve; diversamente, qualora non ci sia proprio colpa, si potrà invocare l’art. 43 cod. pen..

---

<sup>427</sup> Art. 3- *bis*: Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID- 19.

Lo scudo penale viene circoscritto da quattro limiti<sup>428</sup>:

1. Limite temporale: questo limite, posto dalla rubrica dell'art. 3- *bis* viene poi specificato nel testo di legge. Il risultato finale prevede, dunque una parentesi temporale entro cui questa speciale causa di non punibilità andrà ad operare: dal 31 Gennaio 2020 fino al 31 Luglio 2021, salvo ulteriori proroghe. Il fondamento di questo limite consiste nel fatto che lo stato di emergenza influisce sulla normale condotta che si sarebbe adottata. Pertanto, sono incluse anche quelle ipotesi in cui l'evento si è verificato dopo la pandemia, ma la condotta è avvenuta prima.
2. Limite qualificativo: questo limite deriva dalla qualificazione giuridico-penale del fatto. Il testo dell'articolo, infatti, circoscrive lo scudo per i soli reati previsti dagli artt. 589 e 590 cod. pen..Non vengono coperte dallo scudo penale tutte le ipotesi dolose e neppure le ipotesi di epidemia colposa. Inoltre, vengono esclusi anche il rifiuto di atti di ufficio per ragioni di sanità, la morte o lesioni come conseguenza di un altro delitto e anche i casi delle così dette "scelte tragiche". Infine, sebbene sia rubricato come "Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario", lo scudo penale non richiama l'art. 590 *sexies*.
3. Limite professionale: il fatto deve essere accaduto mentre l'agente svolgeva una professione sanitaria. E ciò accade quando la condotta che l'individuo va ad adottare ha finalità riabilitative, palliative, terapeutiche, diagnostiche, preventive (che nel periodo della pandemia erano di particolare rilievo, dato che sono oggetto di regole anti- contagio SARS CoV-2) e di medicina legale<sup>429</sup>.
4. Limite causale: il fatto deve trovare fondamento e origine nella situazione. Qui è importante distinguere tra stato di emergenza, oggetto

---

<sup>428</sup> PIRAS P., *Lo scudo penale Covid- 19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza sanitaria*, in *Sistema Penale*, 1 giugno 2021.

<sup>429</sup> Queste sono le finalità elencate dall'art. 5 L. 8 marzo 2017, n. 24, la così detta *Legge Gelli*.

di delibera, e situazione di emergenza, e cioè di fretta clinica (e che come tale va ad impattare il normale processo d'azione). Quest'ultima è quella che deve dare causa al fatto.

Invero, c'è da dire in ordine alla efficacia della norma testé esaminata, che forse lo scudo penale poteva apparire inutile, in quanto nell'ambito civile l'art. 2236 cod. civ. prevedeva che "Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave". Naturalmente, essendo questa una norma di carattere civile, non può trovare applicazione in ambito penale, però può essere usata come regola d'esperienza. Inoltre, c'è da dire che lo scudo penale poteva risultare anche dannoso perché esso è stato previsto solo per un periodo limitato, e cioè quello della pandemia<sup>430</sup>. Per questa ragione, sorge legittimo il dubbio se per i fatti insorti prima e dopo la pandemia si debba applicare l'art. 3- *bis*, nei casi in cui il fatto trovi fondamento in un'altra situazione d'emergenza<sup>431</sup>. Tutti questi possibili dubbi vennero in seguito disciolti, quando si affermò che l'unica cosa che era stata normata con questa legge era un'ipotesi specifica, che non andava ad intaccare il principio giurisprudenziale secondo cui il 2236 cod. civ. può essere usato come regola d'esperienza<sup>432</sup>.

Comunque sia lo stato di emergenza dovuto alla pandemia da Covid è ormai cessato dal 31 marzo 2022 (come stabilito dal D.L. 24/2022, conv. nella Legge n. 52/2022). Dal giorno successivo dunque lo "scudo penale" non risulta più vigente e non è più applicabile ai reati ed ai soggetti poco sopra indicati. L'articolo 54 e il 590 *sexies* del nostro codice penale possono riprendere così la loro piena, signoria su tali categorie di delitti. A questo proposito, merita segnalare come non manchi chi ha valutato in modo positivo proprio il contenuto del "vecchio" art. 590 *sexies* cod. pen., sostenendo anche che forse

---

<sup>430</sup> PIRAS P., *Lo scudo penale Covid- 19*, cit..

<sup>431</sup> PIRAS P., *Lo scudo penale Covid- 19*, cit..

<sup>432</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 20 aprile 2017, n. 28187, in *One Legale*.

sarebbe ideale prenderlo a modello per delle eventuali future modifiche al sistema attuale che governa la responsabilità penale degli esercenti la professione sanitaria. A tal riguardo, si era espresso un medico, il dott. Macrì, che in una lettera inviata ad un quotidiano *on line* aveva affermato che “La struttura di questa norma dovrà a nostro avviso essere mantenuta e rispettata nei successivi, ci auguriamo prossimi, interventi legislativi sulla responsabilità penale dei sanitari. I cardini sostanziali, ovvero la limitazione ai soli casi di colpa grave e lo schema interpretativo della misura soggettiva della colpa, dovranno essere comunque fatti salvi”<sup>433</sup>.

---

<sup>433</sup> MACRI P. G., *La responsabilità penale nel dopo Gelli e nel dopo Covid*, in *Lettere al direttore. Quotidiano on line di informazione sanitaria*, Roma, 12 ottobre 2022.

## CONCLUSIONE

### Una scriminante tuttora attuale

In conclusione, si può sostenere che lo stato di necessità sia ancora oggi una norma non solo perfettamente applicabile, ma anche di grande rilevanza attuale. Come si è potuto vedere, tutte le cause di giustificazione sono ancora oggi oggetto di dibattito e lo stato di necessità non vi è affatto estraneo. A tal riguardo, si è parlato del problema dell'antigiuridicità e della differenza tra cause di giustificazione, cause di esclusione della colpevolezza e cause di punibilità in senso stretto.

Inoltre, si è visto che l'esimente in esame, nel nostro ordinamento viene catalogata come una causa di giustificazione; ma, in riferimento al comma 3 dell'art. 54, si è parlato anche di un'ipotesi di stato di necessità scusante. Per questa ragione c'è chi ha avanzato l'ipotesi di una forma, per così dire, mista. Diverso è, invece, il sistema tedesco che ha due versioni dello stato di necessità, una giustificante e una scusante (corrispettivamente, §34 e §35 StGB).

Da un punto di vista storico, si comincia a parlare di stato di necessità nel diciassettesimo secolo. Poi, con l'avvento del Codice Zanardelli, come è stato detto, l'esimente prese forma autonoma e venne messo per iscritto. Si tratta, dunque di una causa di giustificazione che, senza dubbio alcuno, ha retto la prova del tempo e la recente pandemia, mettendo sotto stretta prova l'esimente, altro non ha fatto che cementare la validità dell'art. 54 cod. pen..

Uno ad uno sono stati esaminati tutti i requisiti richiesti dall'art. 54, comma 1, per poter far ricorso allo stato di necessità. Innanzitutto, si sono esaminati i requisiti della situazione pericolosa:

- 1) L'attualità del pericolo. Per iniziare si è presentato il concetto di "imminenza", affermando che si fronteggiano due opinioni sul tema: chi reputa che, per considerare il pericolo come attuale, sia necessario che il danno appaia imminente; chi pensa che, per utilizzare lo stato di

necessità, sia sufficiente trovarsi in una situazione tale che, se si sviluppasse, si arriverebbe ad una lesione. Infine, per trovare una via di mezzo tra le due posizioni, come si è detto, si è deciso che il pericolo debba essere presente così mettendosi d'accordo sia chi propendeva per l'imminenza del danno, sia chi propendeva per l'imminenza futura.

- 2) Il danno grave. Si è analizzato quanto ampio sia il campo applicativo di questo concetto. A tal riguardo, si è detto che il danno grave debba essere inteso in modo estensivo, comprendendo al suo interno non solo i danni all'integrità fisica, ma anche quelli ai beni fondamentali della persona. Però si è visto che non mancano Autori, i quali escludono alcuni beni dall'applicazione dell'art. 54 cod. pen. (come ad esempio, i beni patrimoniali). La giurisprudenza si è espressa sul punto, affermando che il requisito del danno grave alla persona attiene ai beni materiali e morali che compongono l'essenza dell'individuo, ma non attiene ai beni che contribuiscono al completamento e allo sviluppo della persona. Inoltre, si è visto che l'interpretazione della parola "grave" non è semplice, soprattutto perché essa potrebbe fare riferimento sia al rango del bene minacciato, sia al grado del pericolo.
- 3) La non volontaria causazione del pericolo. A tal riguardo si è visto che la dottrina è pacifica sul punto: per accertare la volontarietà della condotta, bisogna prendere in considerazione solo la situazione pericolosa e non anche le mere circostanze antecedenti ad essa. Tuttavia, il parametro soggettivo con il quale si va ad accertare la volontarietà è controverso, sebbene l'orientamento maggioritario sia propenso ad affermare che sussista la volontà del soggetto nel causare il danno anche quando l'individuo ha provocato la situazione per semplice colpa.

Successivamente, si sono considerati i requisiti dell'azione lesiva:

- 1) La costrizione. Per quanto riguarda questo requisito, si è visto che la dottrina prende una posizione diversa a seconda della prospettiva che si

prende in considerazione. Se si considera la prospettiva soggettiva, la dottrina è incline a ritenere che, per poter utilizzare l'art. 54 cod. pen., sia necessario un turbamento soggettivo. Se, invece, si guarda la scriminante in senso oggettivo, la formula "costretto ad agire" risulta essere semplicemente rafforzativa di quella relativa all'inevitabilità.

- 2) L'inevitabilità del pericolo. Si è fatto un paragone con l'art. 52 cod. pen. (difesa legittima), e si è arrivati a dire che, per usare legittimamente la condotta necessitata, sono necessari alcuni requisiti molto più rigorosi rispetto alla legittima difesa, in quanto qualsiasi condotta alternativa deve essere preferita rispetto al ledere un terzo non aggressore. In particolare, è stato detto che l'eventuale situazione di indigenza in cui potrebbe trovarsi l'individuo non giustifica la commissione di un reato da parte dell'agente (soprattutto considerando che alle esigenze di questi soggetti si può far fronte attraverso degli appositi istituti).
- 3) La proporzionalità. Come si è visto in tema di legittima difesa, anche per lo stato di necessità la proporzione non consiste in una comparazione tra i mezzi (tra quelli che l'agente ha a sua disposizione e quelli che ha usato). Sulla proporzione si sono presi in esame tre diversi orientamenti dottrinali. Secondo il primo, la proporzione concerne i beni contrapposti: il bene salvato deve essere superiore o uguale a quello sacrificato. Il secondo orientamento è propenso a dire che bisogna prendere in considerazione la misura complessiva del fatto, e quindi, oltre al tipo di beni giuridici, si considera anche la valutazione dei mezzi a disposizione e l'apprezzamento del non disvalore dell'azione. Infine, il terzo orientamento, che segue la tesi della natura di scusante dello stato di necessità, valuta se l'azione commessa sia umanamente comprensibile.

Visti i requisiti previsti dal comma 1 dell'art. 54, si sono poi esaminati gli altri elementi previsti dai commi 2 e 3 del medesimo articolo:

- Il soccorso di necessità: si è visto che esso si verifica quando la condotta del soggetto è posta in essere non dalla persona che è in pericolo, ma da un terzo soccorritore. L'argomento, come si ha avuto modo di scrivere, è molto ampio, soprattutto quando si va a considerare tutto l'aspetto medico; ma, in generale, si è detto che l'ampiezza dell'ambito applicativo varia a seconda che si consideri la prospettiva dell'inesigibilità o del bilanciamento degli interessi.
- Il dovere di esporsi al pericolo. Il comma 2 dell'art. 54 cod. pen. prevede un espresso limite all'utilizzo dello stato di necessità. Infatti, non può invocare la scriminante chi ha un particolare obbligo giuridico e cioè quello di mettere sé stesso in determinate situazioni pericolose. Si è visto che questo dovere può avere diverse fonti (legge o atti di natura contrattuale) e che, sebbene l'obbligato non possa ricorrere all'art. 54 cod. pen., nulla vieta a questo di essere il soggetto passibile del soccorso di necessità. Ancora, un altro limite al dovere di esporsi al pericolo consiste nel fatto che l'individuo non è tenuto ad esporsi a morte certa.
- Costringimento psichico. Con tale termine si fa riferimento ai casi in cui lo stato di necessità è causato "dall'altrui minaccia". In tali casi, si è detto che dell'azione risponde colui che ha causato il pericolo. Questa peculiare ipotesi di stato di necessità, come si è visto, ha comportato un vivo dibattito in dottrina: si è parlato, a tal proposito, di necessità scriminante, necessità scusante e addirittura scriminante mista. Peculiare è poi il fatto che, diversamente dall'ordinamento italiano, in quello tedesco ci siano due diversi tipi di stato di necessità (scriminante e scusante).
- Conflitto di doveri con le altre scriminanti e operatività dello stato di necessità. A tal riguardo, si è fatto un paragone con due specifiche scriminanti: difesa legittima ed esercizio di un diritto o adempimento di un dovere. Si è visto che le due esimenti testé menzionate, sebbene

abbiano degli elementi in comune con lo stato di necessità, non siano coincidenti con questo. Infine, si è parlato dell'operatività dell'art. 54 cod. pen. e della sua difficile applicazione nei confronti sia degli animali (per i quali di norma non si potrebbe ricorrere allo stato di necessità), sia degli stranieri immigrati.

Nel capitolo 3 si è affrontata la questione del *triage* esiziale e si è spiegato come, in realtà, questo peculiare concetto esistesse da ben prima del Covid-19 e di come fosse nato in un contesto prettamente militare o comunque di carattere emergenziale. Si è parlato anche della rilevanza che hanno le associazioni mediche nell'ambito legislativo e del ruolo consultivo che esse ricoprono nei confronti del legislatore.

Si è quindi discusso delle diverse forme che assume il triage:

- *Triage ex ante*: che consiste in un risparmio di risorse voluto dal medico col fine di tenere le cure salvifiche per un paziente futuro.
- *Triage* caratterizzato da un conflitto di doveri presente. In tal caso, il medico dovrà scegliere *hic et nunc* chi andare a trattare. Questo è un tema che si è già trattato nel capitolo 2.
- *Triage ex post*. Forse la più problematica tra le diverse tipologie di triage, si verifica nei casi in cui il medico ha già somministrato ad un paziente la cura salvifica ed un altro individuo bisognoso di cure si presenta. Da ciò deriva l'interrogativo: si interrompe una terapia già iniziata in favore di un altro individuo che ne ha chiaramente bisogno e che avrebbe maggiori probabilità di sopravvivere?

Successivamente si è parlato di inesigibilità, ossia dell'impossibilità di richiedere una condotta particolare e legittima al medico. In alcune occasioni non è facile stabilire quale possa essere la scelta ottimale, e non si può chiedere ad un sanitario, per quanto esperto egli possa essere, ciò che materialmente non avrebbe potuto fare. Ciò non toglie che il medico è tenuto ad agire nel modo che egli reputa più idoneo e soprattutto più adatto a cagionare il minor danno

possibile. Inoltre, si è parlato della colpa per assunzione e, al riguardo, si è detto che non potrà essere scriminato il sanitario che, conscio della propria inadeguatezza per il caso concreto, non si astenga o non invii il paziente ad un collega più adatto a trattare la situazione.

Poi ci si è spinti in quello che è stato il cuore della trattazione: come fare per operare la scelta. Si è spiegato come di fronte al *trriage* esiziale il medico debba tenere a mente gli obiettivi che si intendono perseguire (due di carattere quantitativo e uno di natura qualitativa):

1. Salvare il più elevato numero di vite possibile;
2. Salvare il più alto numero possibile di anni complessivi di vita;
3. Cercare di garantire un adeguato livello di qualità di vita.

Sulla base di questi obiettivi si sono poi andati a profilare i diversi criteri che si sono utilizzati per fare fronte al Covid- 19. Sulla base di questi, sebbene non sempre potessero sembrare eticamente corretti, i medici sono riusciti a fondare la propria scelta su come allocare le risorse salvifiche. Questi criteri sono:

- Il criterio clinico;
- Il criterio del *fair innings*;
- Il criterio della prognosi di sopravvivenza (ed essendo quello che prende concretamente in considerazione le probabilità di successo è senza dubbio il più accreditato);
- Il criterio basato sul caso e la sorte;
- Il criterio dell'urgenza.

Si è analizzata anche la posizione che la dottrina tedesca ha assunto nei confronti del triage esiziale e delle critiche che sono state mosse contro i criteri adottati per compiere la scelta. In particolare, si sono viste le remore che sono state mosse contro la svolta utilitaristica adottata dalla dottrina tedesca.

Infine, si è fatto un discorso più generalizzato sulla responsabilità del medico e sull'articolo 590 *sexies* cod. pen.. In particolare, si è visto anche il così detto “scudo penale”, che altro non era che una serie di disposizioni temporanee

necessarie per aiutare i giudici nella loro scelta di fronte all' eventuale reato compiuto da un sanitario nell'esercizio della sua professione. Tuttavia, come si è detto, queste disposizioni erano solo temporanee e, finito il periodo di crisi, si è potuti tornare all'ordinario sistema, capitanato dagli artt. 590 *sexies* e 54 cod. pen..

Il Covid-19 è stato senza dubbio uno dei momenti più bui degli ultimi anni. Ha mostrato che il nostro sistema, sebbene apparentemente adeguato, purtroppo è ricco di problemi sia dal punto di vista sia sanitario che legale. A tal riguardo, però, va anche chiarito che un ideale sistema perfetto non si potrà mai raggiungere poiché la perfezione non è data all'uomo che può solo tendere verso di essa senza mai raggiungerla. Premesso ciò, dalla recente esperienza del Covid-19 è necessario apprendere quali sono i settori che richiedono un' immediata revisione. L'art. 54 cod. pen., tuttavia, non è tra questi. Sebbene la norma risalga a più di un secolo addietro, essa ha dimostrato di saper reggere le prove del tempo. È indiscutibile che l'interpretazione della norma dovrà evolversi costantemente, ma ciò non toglie valore a quello che questa norma rappresenta: un simbolo di stabilità e sicurezza. Imperturbabile, inamovibile e non scalfibile neppure da una crisi mondiale come il Covid- 19.

Per concludere, non resta che ricordare quando, nel 1889, il legislatore scrisse la norma relativa allo stato di necessità, idealmente seduto di fronte al testo, non può che aver pensato ad una ed una sola cosa. Solo il celeberrimo poeta Quinto Orazio Flacco può esprimere al meglio un tale pensiero dato che nei suoi *Carmina* aveva affermato “*Exegi monumentum aere perennius regalique situ pyramidum altius, quod non imber edax, non Aquilo impotens possit diruere aut innumerabilis annorum series et fuga temporum.*” (Ho eretto un monumento più duraturo del bronzo e più alto del regale sito delle piramidi, tale che né la pioggia corroditrice né l'Austro sfrenato potrebbero distruggerlo, né l'innumerabile serie degli anni e la fuga delle stagioni).

## BIBLIOGRAFIA

- ALAGNA R., *Il nuovo corso della giurisprudenza tedesca in tema di eutanasia passiva*, in *Foro it.*, II, 2013, 298
- ALAGNA R., *Profili penali del triage in pandemia*, Torino, 2022
- ANNAS G.J., *Worst case bioethics: Death, disaster, and public health*, Oxford, 2010
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2000
- ASS S.- WASSERMAN D., *Bodily rights in personal Ventilators?*, in *Journal of Applied Philosophy*, 2021, 1 ss.
- ASTORINA MARINO P., *Equilibri e incertezze normative in caso di intervento sanitario contro la volontà del paziente*, 2016
- AST S., *Die ex- post Triage. Ein Blick auf die Aktuelle Diskussion*, in HILGENDORF E.- HOVEN E.- ROSTALSKI F., *Triage in der (Strafrechts-) Wissenschaft*, Baden- Baden, 2021, 181
- AST S., *Quieta non movere? Ärztliche Auswahlkriterien sowie der Behandlungsabbruch im Fall einer Pflichtenkollision aus strafrechtlicher Sicht*, in *ZIS*, 2020, 452
- AZZALI G., *La causa e lo scopo nei limiti scriminanti*, in *BDPP Università di Pavia*, 1960-1961, ora in *Scritti di teoria generale del reato*, Milano, 1995
- AZZALI G., voce *Stato di necessità (dir. pen.)*, *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, XVIII, Torino, 1971
- BALESTRIERI M.- MONTICELLI S., *Caso in tema di stato di necessità e cannibalismo*, in *IP*, 1998
- BALESTRINO U. G., *Dovere di soccorso e stato di necessità*, Milano, 1970
- BARATTA A., *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963

BARILAN Y.M., *Allocation of respirators in the coronavirus crisis in Israel: An ethical analysis and a scheme for triage*, in *The Israel Medical Association Journal*, 2021, 274

BAUMGARTEN A.G., *Notstand und Notwehr*, Tubinga, 1911

BELLAGAMBA F., *Ai confini dello stato di necessità*, in *Cass. Pen.*, 2000, 1832

BETTIOL G., *Diritto penale, parte generale*, Padova, 1981

BIRNBACHER D., *Triage- Entscheidungen im Kontext der CoronaPandemie- die Sicht eines Ethikers*, in HÖRNLE T.- HUSTER S.- POSCHER R., *Triage in der Pandemie*, Tubinga, 2021, 189

BRICOLA F., *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961

BRONNER B., *The Total Artificial Heart and the Dilemma of Deactivation*, in *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 2016, 347

BRONNER B., *Two Way sto Kill a Patient*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 2018, 44

BRUSCO C., *La colpa penale e civile*, Milano, 2017

BUSCH A.E., *Ärztliche Triage in Friedenszeiten. Eine kritische Analyse der Strafbakeitsrisiken im Lichte der Implicationen des Grundgesetzes*, in *ZStW*, 2020, 748

CADOPPI A., *Il reato di omissione di soccorso*, Padova, 1993

CALETTI G.M., *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra “scelte tragiche” e colpa del medico*, in *Sistema Penale*, 2020

CALETTI G.M., *Il Triage in emergenza pandemica. Coordinate penalistiche di uno spazio apparentemente libero dal diritto*, in *Quaderni Costituzionali*, 2020, 616

CANESTRARI S., *Consenso, rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari. Audizione presso la Commissione affari sociali della camera dei deputati (28 Aprile 2016)*, *Riv. dir. proc. pen.*, 2016, 1203

CARACCIOLI I., *L'esercizio del diritto*, Milano, 1965

CARMIGNANI G., *Elementi del diritto criminale*, Napoli, 1854

CAVALIERE A., *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica ideologica*, Napoli, 2000

COCA VILA I., *Die Kollision von Verpflichtungsgründen im Strafrecht*, in *ZStW*, 2018, 974

COCA VILA I., *Strafrechtliche Pflichtenkollision als Institut der Maximierung der Zahl der Überlebenden?. Eine Kritik der utilitaristischen Wende in der Triage-Diskussion*, in *GA*, 2021, 452

COCCO G.–AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Trattato breve di diritto penale. Parte generale– I, 2– Il reato*, Milano, 2017

COCCO G.-AMBROSETTI E.M., *Trattato breve di diritto penale- Parte generale- II- Punibilità e pene*, Padova, 2009

CONTENTO G., *Liceità apparente e responsabilità penale nella difesa legittima e nello stato di necessità*, I, Roma, 1956

CONTIERI E., *Lo stato di necessità*, Milano, 1939

CUPELLI C., *Responsabilità colposa e “accanimento terapeutico consentito”*, Cass. Pen. 2011

DI SALVO E., *Pandemia da coronavirus, responsabilità del medico ed esigibilità della condotta alternativa doverosa*, in *Unicost*, 22 giugno 2020, 7

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

DELITALA G., *Il “fatto” nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976

DEL TUFO V., *Profili critici della vittimo-domatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, Napoli, 1990

DOLCE R., *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale*, Milano, 1957

DUFNER A., *Withdrawal of intensive care during times of severe scarcity: Triage during a pandemic only upon arrival or with the inclusion of patients who are already under treatment?*, in *Bioethics*, 2021, 118

DUTTGE D., *Not kennt kein Gebot?*, in *MedStra*, 2020, 194

EBERL J.T., *Ethics as usual? Unilateral withdrawal of treatment in a state of exception*, in *The American Journal of Bioethics*, 2020, 210

FERRARA A., *Considerazioni per un'etica del triage dall'analisi dei casi di Brasile, Stati Uniti e Italia alla giustificazione dell'utilitarismo*, in *Ragioni pratica*, II, 2021, 543

FERRI E., *La teoria dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Firenze, 1878

FERRI E., *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928

FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2014

FIGLIANO C., *Diritto penale, parte generale*, I, Torino, 1993

FIGLIANO C., *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966

FIGLIANO M., *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 803

FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990

FRISCH J. G., *Grund- und Grenzprobleme des sog. Subjektiven Rechtfertigungselements*, in *Fest. für K. Lackner*, Berlino- New York, 1987

FROSALI R.A., *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma, 1933

FROSALI R. A., *Sistema penale italiano, Diritto penale sostanziale*, II, Torino, 1958

GAEDE K.- KUBICIEL M.- SALIGER F.- TSAMBIKAKIS M., *Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage- Entscheidungssituation*, in *Medstra*, 2020, 133

GAEDE K., *Strafrechtliche Fragen des Infektionsschutzes und von Pandemien*, in ULSSENHEIMER K.- GAEDE K., *Arztstrafrecht in der Praxis*, Heidelberg, 2021, 1796

GEPPINO R., *Codice Penale Commentato*, in *De Jure*, Sub art. 54

GIANESINI R., in RONCO M. (diretto da), *Commentario sistematico al codice penale*, II, Bologna, 2011

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

- GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, *La fattispecie*, Padova, 1993
- GROSSO C.F., *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964
- GROSSO C.F., *Il requisito della produzione non volontaria del pericolo nello stato di necessità e nella difesa legittima*, II, Milano, 1965
- GROSSO C.F., *Legittima difesa*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1974
- GROSSO C.F., voce *Necessità (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977
- GROSSO G.- PELISSERO M.- PETRINI D.- PISA P. (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013
- HARRIS J., *The value of life, An introduction to medical ethics*, Routledge, 2006
- HEGEL G.W.F., *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it. (a cura di) MARINI G., Bari, 1994; e *sul diritto di necessità*, par. 127, 110
- HENKEL H., *Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht*, Monaco, 1932
- HILGENDORF E., *Triage, Recht und Ethik*, in HILGENDORF E.- HOVEN E.- ROSTALSKI F., *Triage in der (Strafrechts.) Wissenschaft*, Baden- Baden, 2021, 165
- HIRSCH G., *La posizione di giustificazione e scusa nel sistema di reato*, *Riv. dir. proc. pen.*, 1981, 777
- HOBBS T., *Elementa philosophica De Cive*, trad. it. *Elementi filosofici sul cittadino*, in BOBBIO N. (a cura di), *Opere politiche di Thomas Hobbes*, Torino, 1988, 29
- HÖRNLE T., *Ex- post- Triage: Strafbar als Tötungsdelikt?*, in HÖRNLE T.- HUSTER S.- POSCHER R., *Triage in der Pandemie*, Tubinga, 2021, 171
- HOVEN E., *Berücksichtigung von Lebensalter und Lebenserwartung*, in HÖRNLE T.- HUSTER S.- POSCHER R., *Triage in der Pandemie*, Tubinga, 2021, 249 ss.

HOVEN E., *Die Triage- Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft*, in *JZ*, 2020, 452

HOVEN E.- HAHN E., *Strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Covid 19- Pandemie*, in *JA*, 2020, 482

HOVEN E.- ROSTALSKI F., *Triage in der Pandemie*, Tubinga, 2021, 246

JÄGER J.- GRÜNDEL J. *Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona- Triage*, in *ZIS*, 2020, 151

KAMM F.M., *Morality, mortality: Death and whom to save from it*, I, Oxford, 1993

KUBICIEL M., *Die Triage in der rechtswissenschaftlichen Diskussion*, in HILGENDORF E.- HOVEN E.- ROSTALSKI F., *Triage in der (Strafrechts-) Wissenschaft*, Baden- Baden, 2021

KUBICIEL M., *Die Triage in der rechtswissenschaftlichen Diskussion*, in *Zeitschrift für med. Ethik*, 2020, 515

KÜPER W., *Der "verschuldete" rechtfertigende Notstand*, Berlino, 1983

KÜPER W., *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, Berlino, 1979

LENCKNER T., *Der rechtfertigende Notstand*, Berlino, 1965

LOOS A., *Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente*, in *Fest. Fur D. Oehler*, Koln- Berlino- Bonn- Munchen, 1985

MACRI P. G., *La responsabilità penale nel dopo Gelli e nel dopo Covid*, in *Lettere al direttore. Quotidiano on line di informazione sanitaria*, Roma, 12 ottobre 2022

MAGGIORE G., *Diritto penale*, Bologna, 1961

MAGGIORE G., *Diritto penale, Parte generale.*,I, Bologna, 1951

MANTOVANI F., *Diritto Penale- Parte generale*, Padova, 2015

MANTOVANI F., *Diritto penale, parte speciale, I, Delitti contro la persona*, Padova, 1996

MALINVERNI A., *Scopo e movente nel diritto penale*, Torino, 1955

MARINI A., *Delitti contro la persona*, Torino, 1996

MARINO L., *Il soccorso dei migranti in mare. L'art. 54 cod. pen. e la speciale causa di giustificazione "umanitaria"*, in *Il Penalista. It*, 2018

MARINUCCI G.- DOLCINI E., *Corso di diritto penale, I, Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano, 2001

MARINUCCI G.- DOLCINI E., *Manuale di Diritto Penale, parte generale*, Milano, 2015

MARINUCCI G., *Fatto e scriminanti. Note dogmatiche e politico-criminali*, *Riv. dir. proc. pen.*, 1983, 1190 ss.

MEIßNER K., *Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (34 StGB)*, Berlino, 1990

MEZZETTI A., *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello Statuto della Corte Internazionale Penale*, *Riv. dir. proc. pen.*, 2000, 238

MEZZETTI E., *Necessitas non habet legem?*, Roma, 2001

MEZZETTI E., voce *Stato di necessità*, in *Dig. Disc. pen.*, XIII, Torino, 1997

MEZZETTI N., *Diritto penale*, Bologna, 2015

MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992

MOLARI A., *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964

MORO D., *L'antigiuridicità penale*, Palermo, 1947

MUSCO E., *Omissione di soccorso*, VIII, Torino, 1994

MUSOTTO G., *Colpevolezza, dolo e colpa*, Palermo, 1939

NEUMANN Z., § 34, in KINDHÄUSER, *Nomos Kommentar- StGB*, Baden-Baden, 2017

NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975

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

PADOVANI T., *Alle radici di un dogma: appunti sulle origini dell'antigiuridicità obiettiva*, *Riv. dir. proc. pen.*, 1983, 103 ss.

PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 1995

PAGLIARO A., in *DocG*, III,1992, 305

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale parte gen.*, Milano, 1996

PALAZZO A., *Corso di diritto penale, parte generale*, Torino, 2011

PAWLIK M., *Der rechtfertigende Notstand*, Monaco, 2002

PEDRAZZI C., *L'exceptio veritatis. Dogmatica ed esegesi*. Riv. dir. pen., 429

PESSINA E., *Manuale del diritto penale italiano, Parte Generale, I*, Napoli, 1906

PETROCELLI B., *I principi di diritto penale, I*, Napoli, 1955

PIRAS P., *Lo scudo penale Covid- 19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza sanitaria*, in *Sistema Penale*, 1 giugno 2021

PITTARO P., *Famiglia e diritto*, in *tema di concorso im (morale) nella violenza sessuale- il commento*, n.6, 1 Novembre 2003, 544

PUCELLA R., *Scelte tragiche e dilemmi giuridici ai tempi della pandemia*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n.3, 1 Maggio 2020, 24, in *One Legale*

PULITANÒ D., *Diritto Penale*, Torino, 2013

PULITANÒ D., *Illiceità espressa e illiceità speciale*, Riv. dir. proc. pen., 1967, 255

RAMACCI L., *Corso di diritto penale, II*, Torino, 2017

REBENTISCH E., *Handbuch der medizinischen Katastrophenhilfe*, Monaco, 1991

RENZINOWSKI J., *Notstand und Notwehr*, Berlino, 1994

RIMEDIO A., *Criteri di priorità per l'allocazione di risorse sanitarie scarse nel corso della pandemia da CoViD-19*, in *BioLaw Journal- Rivista di BioDiritto*, I, 2021, 13 ss.

ROCCO A., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, 1913

ROMAGNOSI G.D., *Genesi del diritto penale*, Milano, 1996

ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, Riv. dir. proc. pen., 1990, 63

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 1995

ROMANO M., *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in *Riv. It dir. Proc. Pen.*, 1991, 46

RONCO M, in RONCO M.-ROMANO B., *Codice Penale commentato*, in *One Legale*, sub. Art. 54

RONCO M, in RONCO M.-ROMANO B., *Codice Penale commentato*, in *One Legale*, sub Art. 590 *sexies*

RONCO M.- ROMANO B. (a cura di), *Codice penale ipertestuale*, Torino, 2012, sub art. 54

ROXIN C., *Die provozierte Notwehrlage*, *ZStW*, 75 (1963)

ROXIN C., *Problemi fondamentali della teoria dell'illecito. Cause di giustificazione e scusanti, Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, Napoli, 1996

ROXIN C., *“Schuld” und “Verantwortlichkeit” als strafrechtliche Systemkategorien*, Berlino- New York, 1974

ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Monaco, 2003

SANTAMARIA D., *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli, 1961

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

SCHIAFFO F., *Le situazioni “quasi scriminanti” nella sistematica teleologica del reato*, Napoli, 1998

SIMPSON B. W.A., *Cannibalism and the Common Law*, Londra, 1994

SPAGNOLO G., *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova, 1980

SPASARI T., *Profili di teoria generale del reato in relazione al concorso di persone nel reato colposo*, Milano, 1956

STAMPANONI BASSI G., *Processo nei confronti di Marco Cappato per il suicidio assistito di Dj Fabo*, in *Giurisprudenza Penale*, 2016

STERNBERG D.- LIEBEN D., Corona- Pandemie, Triage und Grenzen rechtfertigender Pflichtenkollision, in *MedR.*, 2020, 631

TAUREK J.M, *Should the numbers count?*, in *Philosophy & Public Affairs*, 1977, 293

UGUCCIONE DA PISA, “*Summa decretorum: "Iure naturali omnia sunt communia, id est tempore necessitatis indigentibus communicanda"*”, in COUVREUR G., *Les pauvres ont-ils des droits? Recherche sur le vol en cas d'extrême nécessité depuis la Concordia de Gratien (1140) jusqu'à Guillaume d'Auxerre (1231)*, Roma, 1961, 291

VANNINI O., *Manuale di Diritto penale, parte generale*, Firenze, 1947

VASSALLI B., *Il fatto negli elementi del reato*, *Riv. dir. proc. pen.*, 1984, 529 ss.

VIGANO F., *Emotrasfusione nonostante il dissenso del paziente testimone di Geova: assolti i medici per errore inevitabile sulla legge penale*, d.P.C. 2013

VIGANÒ F., *Stato di necessità*, in (a cura di) CASSESE S. *Diz. dir. pubbl. Cassese*, Milano, 2006, sub. art. 54

VIGANÒ F., in *Codice Penale Commentato* di DOLCINI E.- MARINUCCI G., sub art. 54

VIGANÒ F., *Stato di necessità*, in *Dig. disc. pen.*, 2004, 1251

VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000

VIGANÒ F., *Stato di necessità*, in (a cura di) CASSESE S., *Dizionario di diritto pubblico* Cassese, VI, Milano, 2006

VIGANÒ F., *Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, Padova, 2005

VON WEBER H., *Das Notstandsproblem und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925*, Lipsia, 1925

WALTER T., *Menschlichkeit oder Darwinismus? Zu Triage- Regeln und ihren Gründen*, in *GA*, 2020

WEIDRINGER P., *Vielzahl von Verletzten*, Berlino, 2000

ZIMMERMANN, *Kontraktualistische Überlegungen: Auf welche Zuteilungskriterien würden wir uns unter dem "Schleier des Nichtwissens" einigen?*, in HILGENDORF E.- HOVEN E.- ROSTALSKI F., *Triage in der Pandemie*, Tubinga, 2021, 246

## GIURISPRUDENZA

Cass. Pen., 23 dicembre 1935, in *La Scuola positiva*, 1936, 289

Cass. Pen., 1 gennaio 1962, *Gallotta*, in *One Legale*

Cass. Pen., Sez. III, 5 febbraio 1962, *Paradisi*, in *One Legale*

Cass. Pen., Sez. II, 3 ottobre 1978, *Pappalardo*, in *One Legale*

Cass. Pen., Sez. I, 10 ottobre 1978, n. 379, in *One Legale*

Cass. Pen., Sez. VI, 23 aprile 1980, *Bonassisi*, in *One Legale*

Corte d'Appello, 28 novembre 1987, *Muccioli*, in *One Legale*

Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *One Legale*

Cass. Pen., Sez. IV, 6 dicembre 1990, *Bonetti*, in *One Legale*

Pretura di Genova, 28 gennaio 1991, *Artale*, in *One Legale*

Pretura di Cagliari, 10 gennaio 1994, *Selimovic*, in *One Legale*

Cass. Pen., Sez. IV, 2 marzo 2000, n. 9638, in *One Legale*

Cass. Pen., Sez. VI, 24 maggio 2004, n. 39529 in *One Legale*

Cass. Pen., Sez. V, 23 marzo 2005, n. 16012, in *One Legale*

Cass. Pen., Sez. V, 28 aprile 2005, n. 16012, in *One Legale*

Cass. Pen., Sez. IV, 17 novembre 2005, n.7661, in *One Legale*

Cass. Pen., Sez. IV, 21 giugno 2007, n. 39592, in *One Legale*

Cass. Pen., Sez. I, 8 novembre 2007, n. 4060, in *One Legale*

Cass. Pen., Sez. IV, 31 gennaio 2008, n. 13942, in *Riv. pen.*, 2008, 203

Cass. Pen., Sez. IV, 13 marzo 2008, n. 17499, in *One Legale*  
Cass. Pen., Sez. IV, 24 giugno 2008, n.37077, in *One Legale*  
Cass. Pen., Sez. IV, 25 giugno 2008, n. 31445, in *One Legale*  
Cass. Pen., Sez. IV, 9 luglio 2009, n. 35659, in *One Legale*  
Cass. Pen., Sez. IV, 10 dicembre 2009, n. 62510, in *One Legale*  
Trib. Agrigento, Sez. I, 15 febbraio 2010, n. 954, in *One Legale*  
Cass. Pen., Sez. I, 18 febbraio 2010, n. 6591, in *One Legale*  
Cass. Pen., Sez. V, 30 aprile 2010, n. 26159., in *One Legale*  
Cass. Pen., Sez. Un., 14 marzo 2011, n. 5924, in *One Legale*  
Cass. Pen., Sez. IV, 5 aprile 2011, n. 16328, in *One Legale*  
Trib. Potenza, 20 maggio 2011, n. 743, in *One Legale*  
Giudice di pace di Chieti, 26 maggio 2011, n. 369, in *One Legale*  
Cass. Pen., Sez. IV, 22 novembre 2011, n. 4391, in *One Legale*  
Gip Trib. Torino, 15 Gennaio 2013, n.14446, in *One Legale*  
Cass. Pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, in *One Legale*  
Cass. Pen., Sez. IV, 17 aprile 2013, n. 23944, in *One Legale*  
Cass. Pen., Sez. II, 25 settembre 2014, n. 43078, in *One Legale*  
Cass. Pen., Sez. III, 11 novembre 2014, n. 1725, in *One Legale*  
Cass. Pen., Sez. VI, 21 novembre 2014, n. 48430 in *One Legale*  
Cass. Pen., Sez. V, 18 marzo 2015, n. 3891,. in *One Legale*  
Cass. Pen., Sez. III, 16 luglio 2015, n. 40270, in *One Legale*  
Cass. Pen., Sez. III, 29 ottobre 2015, n. 50329, in *One Legale*  
Cass. Pen., Sez. V, 7 gennaio 2016, n. 18248, in *One Legale*  
C. edu, 26 aprile 2016, *Ivanova e Cherkezov vs Bulgaria*, in *De Jure*  
Cass. Pen., Sez. III, 20 settembre 2016, n. 47972, in *One Legale*  
Trib. Perugia, 13 gennaio 2017, n. 62, in *One Legale*  
Cass. Pen., Sez. IV, 20 aprile 2017, n. 28187, in *One Legale*  
C. Costituzionale, 22 novembre 2019, n. 242, in *One Legale*  
Cass. Pen., Sez. IV, 4 marzo 2021, n. 11719, in *One Legale*

Trib. Brindisi, 21 settembre 2021, n.1224, in *One Legale*

Cass. Pen., Sez. II, 22 ottobre 2021, n. 44916, in *One Legale*

T.A.R. Campania Napoli, Sez. V, 13 settembre 2022, n. 5695 in *One Legale*

Cass. Civ., Sez. II, 15 marzo 2023, Ordinanza n. 7457, in *One Legale*

## ARTICOLI DEL CODICE PENALE E ALTRE DISPOSIZIONI

Art. 52 Codice Penale

Art. 54 Codice Penale

Art. 59, Codice Penale

Art. 119, comma 1, Codice Penale

Art. 307, comma 4, Codice Penale

Art. 384 Codice Penale

Art. 392 Codice Penale

Art. 530 Codice Penale

Art. 544-*bis* Codice Penale

Art. 611 Codice Penale

*Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, V, t. I, Relazione sul Libro I del Progetto, Roma, 1929*

Art. 49, comma 3, Codice Zanardelli

Art. 2045 Codice Civile

Art. 34 Strafgesetzbuch

Art. 35 Strafgesetzbuch

Art. 16, n. 4 in *DocG*, III, 1992, 305

Art. 17, n. 3, in *DocG*, III, 1992, 305

Art. 4, L. 24 novembre 1981, n. 689

Art. 5, L. 8 marzo 2017, n.24

Art. 3 e 3-*bis*, L. 28 maggio 2021, n. 76

Art. 5 L. 8 marzo 2017, n. 24, *Legge Gelli*

Art. 7, comma 1, d.m. 9 ottobre 2012, n. 217

Raccomandazione SIAARTI, 6 marzo 2020, in *De Jure*

CNB, COVID-19: *La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del triage in emergenza pandemica*, 9 aprile 2020, in *De Jure*

Giuramento di Ippocrate, in *Papiro di Ossirinco*, n. 2547, III secolo a.C.