

Il conflitto vita contro vita nel diritto penale

Mario Sanchez Dafaue

Professore invitato di Diritto penale nella Universidad Carlos III di Madrid, Spagna

Abstract Two models of conflicts between lives can be distinguished. Both act as two levels in resolving a case: only if the first one fails it moves to the second one. The first is the state of objective necessity. It is objective because it is based on a favourable weighing and because this weighing allows the justified intervention of external third parties. This would include communities sharing a danger and extreme cases such as the prevention of massacres. The second is the state of subjective necessity (personal). It is personal because it lacks a favourable weigh and is based, exclusively, on the unenforceability of another behaviour.

Keywords Exculpation. Unenforceability of other behaviour suicide. Personal justification. Weighting between lives. Massacre. Community of danger.

Sommario 1. Precisazioni iniziali. – 2. Varianti della teoria della differenziazione. – 3. La teoria unitaria. – 4. La presa di posizione. – 5. Lo stato di necessità soggettivo. – 6. Lo stato di necessità ‘esistenziale’ oggettivo. – 7. Il bilanciamento tra i beni giuridici della vita. – 8. Questioni aperte.



Edizioni
Ca Foscari

Open access

© 2019 | Creative Commons Attribution 4.0 International Public License



Citation Sanchez Dafaue, Mario (2019). “Il conflitto della vita contro vita nel diritto penale”. *Ricerche giuridiche*, 8(1), 7-38.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2019/01/001

1 Precisazioni iniziali

1.1

È comune nell'ordinamento spagnolo la distinzione tra lo stato di necessità come causa di giustificazione e lo stato di necessità come scusante, entrambi previsti dall'art. 20, co. 5, c.p. spagnolo. La differenza tra i due solitamente dipende da un solo fattore: lo stato di necessità è una causa di giustificazione quando il male causato è minore di quello evitato; è una scusante quando il male causato è equivalente a quello evitato¹.

La situazione nell'ordinamento tedesco è differente. Lì la distinzione tra lo stato di necessità come causa di giustificazione e come scusante è unanimemente accolta poiché già prevista dallo stesso *StGB* (*Strafgesetzbuch*: codice penale tedesco)².

1 Si tratta di una tesi (la teoria della differenziazione) molto diffusa nella dottrina e dominante nella giurisprudenza. In tal senso, si veda, ad esempio, la sentenza del *Tribunal Supremo* del 28 settembre 1989 nella quale si afferma che esistono due categorie di stato di necessità, «lo stato di necessità giustificante quando il bene giuridico sacrificato per proteggerne un altro è di minore valore rispetto al secondo, e che costituisce una causa di esclusione dell'antigiuridicità, ispirata al principio dell'interesse prevalente; e lo stato di necessità scusante che si realizza quando i beni giuridici in conflitto sono equivalenti, nel qual caso l'esimente segue percorsi molto controversi però prossimi alla mancanza di colpevolezza» (trad. nostra). In tal senso anche la sentenza del *Tribunal Supremo* del 20 marzo 1991 afferma che: «L'essenza dello stato di necessità, tanto nella sua versione completa come in quella incompleta, risiede nell'inevitabilità del pericolo, ossia, che il soggetto in stato di necessità non abbia altro mezzo per proteggersi dal pericolo che lo minaccia se non infliggendo un male al bene giuridico altrui, di modo che se il male causato è minore di quello che si è cercato di evitare [...] saremo di fronte a una causa di giustificazione mentre se vi è parità tra i beni giuridici tutelati saremo di fronte a una causa di non colpevolezza, coerente con la teoria della differenziazione dello stato di necessità, maggioritaria in dottrina» (trad. nostra). Si possono ritrovare affermazioni simili in sentenze successive, ad esempio *Tribunal Supremo*, sent. n. 641 del 18 aprile 2002; sent. n. 836 del 4 ottobre 2010. La sentenza del *Tribunal Supremo* n. 1998 del 28 dicembre 2000 tralascia «nel dibattito sulla natura giuridica di quest'istituto deve distinguersi, nel caso in cui il conflitto sia tra beni giuridici equivalenti o eterogenei, tra le teorie unitarie che gli attribuiscono sempre la natura di causa di giustificazione ed un diverso orientamento che, in accordo con la teoria della differenziazione, distingue il caso del conflitto tra beni eterogenei, nel qual caso si rientra in una causa di giustificazione - stato di necessità giustificante - che eliderebbe l'antigiuridicità della condotta, da quello in cui il conflitto è tra beni eterogenei [omogenei] nel qual caso si rientrerebbe in una scusante - stato di necessità scusante - sulla base della non esigibilità di una condotta diversa» (trad. nostra). In senso contrario, in alcuni casi non si effettua la distinzione tra causa di giustificazione e scusante, si veda la sentenza del *Tribunal Supremo* n. 1629 del 2 ottobre 2002: «se il pericolo che si intende evitare è di entità superiore o equivalente alla lesione che comporta il delitto commesso per evitarlo [...] l'esimente deve essere applicata in maniera completa» (trad. nostra).

2 Tra gli ultimi difensori della teoria unitaria in Germania spiccano Welzel e Maihofer. WELZEL, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, Berlino, 1940, p. 52; l'Autore afferma quanto segue: «A causa del valore soggettivo della

La regolamentazione giuridica tedesca, difatti, differisce molto da quella spagnola:

- In primo luogo perché nel caso di stato di necessità come causa di giustificazione, il par. 34 *StGB* da un lato prevede che il bene giuridico protetto sia prevalente rispetto a quello lesa; dall'altro lato, include una clausola di adeguazione (si realizza lo stato di necessità solamente quando il fatto tipico è proporzionato ad evitare il pericolo)³.
- In secondo luogo, per tre ulteriori ragioni: lo stato di necessità scusante (par. 35 *StGB*) si limita al caso in cui il pericolo riguarda beni giuridici personalissimi (vita, integrità fisica e libertà), manca un giudizio di bilanciamento e si applica solamente in casi di autodifesa ovvero per tutelare parenti o persone care. Di conseguenza, il par. 35 *StGB* prevede un limitato ambito oggettivo e soggettivo di applicazione, restrizioni che sono estranee all'art. 20, co. 5, c.p. che fa esclusivo riferimento al male proprio o altrui (non vi è alcuna restrizione né oggettiva, né soggettiva dell'ambito di applicazione dell'esimente).

vita e dell'integrità personale dell'autore, il diritto non riscontra un disvalore nell'azione volta a salvare la propria vita, sebbene per compierla si sia lesa un bene giuridico di valore maggiore. La condotta in stato di necessità è legittima (non è proibita), anche quando il bilanciamento tra i beni sia negativo» (trad. nostra). Allo stesso modo, fino alla seconda edizione del suo *Trattato* del 1949 (che include la quinta edizione della sua *Parte Generale*), egli affermava che «nei casi in cui la propria esistenza entra in collisione con beni giuridici di valore equivalente o superiore appartenenti ad altri [...], l'azione di autodifesa non può essere disapprovata»; Idem, *Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen. Eine systematische Darstellung*², Berlino, 1949, pp. 50-51. Successivamente la sua opinione è mutata: «Il prossimo non può mai essere trattato meramente come una cosa ma deve sempre essere considerato come un fine in sé stesso (Kant). Per questo motivo, il diritto non può giustificare l'interferenza nella vita o nell'integrità personale di un terzo anche quando rappresenti l'unico modo per salvarsi la vita, ma può semplicemente scusarla. Il soggetto che si trova in tale situazione di necessità realizza una condotta antiggiuridica anche se, tenendo conto della debolezza umana, una condotta differente non è esigibile»; Idem, *Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre*³, Gottinga, 1957, p. 69. Si veda anche Idem, *Das Deutsche Strafrecht*⁴, 1954, pp. 134-135; e *Das Deutsche Strafrecht*¹¹, 1969, p. 178. Maihofer ritiene che l'antigiuridicità sia la categoria dogmatica adeguata per risolvere i problemi relativi alla non esigibilità. In quest'ultima ipotesi, non vi è un disvalore d'azione poiché un cittadino rispettoso del diritto non avrebbe agito in maniera diversa nella situazione dell'autore. Maihofer intende dire che qualsiasi comportamento deve trovare i suoi limiti in un potere, non individuale ma generale, che se non violato, non determina un disvalore sociale della condotta, MAIHOFFER, *Der Unrechtsvorwurf. Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre*, in *Festschrift für Theodor Rittler*, Aalen, 1957, pp. 153 ss.

3 Nel nostro ordinamento, GIMBERNAT ORDEIG, *De nuevo sobre el 'caso Haidar'*, in *Diario El Mundo*, 15 dicembre 2009; l'Autore propone un adeguamento per settori secondo la normativa extra-penale corrispondente (per esempio, i trapianti), sebbene alluda anche ad un adeguamento dedotto dai principi generali del diritto.

I casi di conflitto vita contro vita sono soliti rientrare nell'orbita dello stato di necessità come scusante. In Germania per espressa previsione legislativa, in alcune occasioni si ritiene di sussumere i casi di stato di necessità difensivo nel par. 34, ossia i casi in cui la fonte del pericolo è riconducibile alla sfera giuridica del titolare dell'interesse sacrificato.

In Spagna ci sono autori che, esplicitamente o implicitamente, fondano il bilanciamento sul numero di vite in gioco, di modo che uccidere una persona per salvarne due darebbe luogo a uno stato di necessità come causa di giustificazione; uccidere una persona per salvarne un'altra, darebbe luogo a uno stato di necessità scusante; ucciderne due per salvarne una sarebbe una condotta punibile.

Ciononostante, tanto in Spagna quanto in Germania, vi è chi sostiene che il bilanciamento tra beni giuridici personalissimi come la vita non è giuridicamente accettabile. La ragione principale si fonda sulla massima kantiana secondo la quale nessun essere umano può essere utilizzato come mezzo, nemmeno per ottenere un giusto fine. *Homo homini sacra res*.

Cosicché, tale argomentazione si presenta come un limite preesistente alla stessa configurabilità dello stesso stato di necessità come causa di giustificazione (per esempio: lo stato di necessità giustificante presuppone il rispetto della dignità umana) ovvero impedisce che si effettui il giudizio di bilanciamento (negando qualsiasi bilanciamento tra vite umane)⁴. Come si può immaginare, la soluzione in Germania è semplice: è sufficiente ricorrere allo stato di necessità scusante, sottratto a qualsiasi giudizio di bilanciamento.

In Spagna, coloro i quali sostengono che tutti o alcuni dei casi di conflitto vita contro vita rientrano nello stato di necessità scusante devono, invece, necessariamente sostenere, se utilizzano il canone ermeneutico dell'art. 20, co. 5, c.p., che il male provocato è equivalente a quello evitato (per esempio, affermando il valore assoluto di qualsiasi vita umana).

⁴ In tal senso, CEREZO MIR, *La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva española*, in *Justificación y exculpación en Derecho penal*, a cura di Eser, Gimbernat, Perron, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense; Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid 1995, p. 19; l'Autore considera la dignità umana un limite immanente al diritto positivo che non può rientrare nel giudizio di bilanciamento. Cosicché, se una persona provoca la morte di un'altra per salvare varie vite umane, il male causato è minore di quello che si cercava di evitare. Questa condotta, però, sarà illecita poiché costituisce una grave lesione alla dignità della persona umana, bene giuridico, per questo Autore, sottratto al bilanciamento cosicché, in caso di lesione dello stesso, non può realizzarsi la causa di giustificazione dello stato di necessità teso ad evitare il male maggiore, v. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*⁶, Madrid, 1998, pp. 269-270.

1.2

Il conflitto vita contro vita può anche essere definito come stato di necessità 'esistenziale'. Qui si fa riferimento ai conflitti tra vite umane. Queste ipotesi possono suddividersi in due. Per semplificare, faremo riferimento al confronto tra due vite:

a) Casi semplici di stato di necessità: quando senza la realizzazione della condotta tipica una delle due persone sopravvive. b) 'Condivisione del pericolo': quando laddove non si ponga in essere la condotta tipica morirebbero entrambi i soggetti coinvolti. La 'condivisione del pericolo' può essere simmetrica, quando per evitare che muoiano entrambe le persone è possibile ucciderne una qualsiasi delle due, o asimmetrica, quando una delle due persone morirebbe indipendentemente dalla realizzazione della condotta tipica.

«Stato di necessità esistenziale» non è necessariamente sinonimo di «stato di necessità come causa di giustificazione o come scusante dell'omicidio» perché, sebbene residuali, ci sono casi molto complessi nei quali si discute della possibilità di giustificare o di scusare un omicidio anche in assenza di un conflitto vita contro vita; per esempio, nei casi di minaccia alla sicurezza dello Stato.

2 Varianti della teoria della differenziazione

L'assenza di un ambito oggettivo e soggettivo di applicazione dello stato di necessità scusante ha condotto un settore della dottrina spagnola, capeggiato da Mir Puig, ad escludere dall'ambito di rilevanza dell'art. 20, co. 5, c.p. lo stato di necessità come scusante e a ricondurlo alla 'paura insuperabile' (art. 20, co. 6, c.p.). Per Mir Puig, la paura insuperabile spagnola corrisponde, *mutatis mutandis*, allo stato di necessità scusante tedesco. La sua collocazione dommatica è all'interno della colpevolezza, cosicché il fondamento della non punibilità risiede nell'inesigibilità di una condotta diversa. In altri termini, nei conflitti vita contro vita si conclude che non si possa esigere dalla persona una condotta eroica. Secondo l'opinione di Mir Puig: l'inesigibilità viene intesa come sottocategoria della colpevolezza (o dell'imputazione soggettiva)⁵.

⁵ V. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*¹⁰, ed. Reppertor, Barcellona, 2016, lezione 24, pp. 617-627. «Lo stato di necessità scusante deve ritenersi compreso nell'esimente della 'paura insuperabile' (art. 20, co. 6, c.p.) e, qualora insufficiente, in un'interpretazione analogica della stessa esimente» (trad. nostra); Idem, *Parte General*¹⁰, 2016, 17/29-31, pp. 469-470. Mir Puig ritiene che la non esigibilità non significhi assenza di divieto, sebbene aggiunga quanto segue: «In senso stretto, da un punto di vista terminologico, l'espressione 'non esigibilità' non è molto fortunata perché oscura la circostanza che la condotta 'non esigibile' è richiesta dal diritto. Si potrebbe tranquillamente dire che

In Germania, una tesi simile in termini di collocazione dommatica dei suesposti problemi è quella di Roxin, per il quale la scusante comporta la non punibilità del soggetto per assenza di responsabilità; non per assenza di imputabilità, né per espresso richiamo al principio di personalità della responsabilità penale, ma per mancanza di bisogno della pena⁶. Mi riproposi di approfondire questa tesi, sostenuta allora anche dal mio maestro Gómez Benítez⁷, durante il mio soggiorno di ricerca in Germania. Alla fine non riuscii a farlo. Ciononostante, la soluzione di Roxin non appare convincente per diverse ragioni:

Le cause di non colpevolezza, in senso lato, escludono la punibilità dell'autore perché lo stesso manca di alcune caratteristiche essenziali dell'agente medio. Al contrario, nelle scusanti si esclude la punibilità per qualsiasi persona per il sol fatto di essere un essere umano. Qui non vi è un problema soggettivo ma un problema oggettivo: in che circostanze si esenta dalla pena un qualsiasi autore indipendentemente da qualsiasi caratteristica personale?

Che qui siamo dinanzi ad un problema oggettivo lo dimostra il fatto che non si prende mai in considerazione la possibilità di ricorrere ad una misura di sicurezza nei confronti della persona che salva la sua vita a spese di un terzo. Da un punto di vista special-preventivo, è adeguato ritenere che un cittadino che osserva le leggi non commette fatti antiggiuridici. E se, in linea generale, si trattasse solo di mancanza di colpevolezza, la cosa più adeguata sarebbe correggere il comportamento dell'autore senza infliggergli una pena. Se questo non viene fatto è perché si percepisce, giustamente, che l'educazione al sacrificio non è un obiettivo del nostro diritto penale.

Un posto di preminente rilievo nel giudizio di assoluzione è riservato al fatto [tipico], ciò risulta evidente dal contributo dato da Roxin nella risoluzione dei problemi di concorrenza tra non imputabilità e stato di necessità scusante. Nella seconda edizione della sua *Parte General*, egli afferma che «quando le circostanze concomitanti di un omicidio non punibile *ex par.* 35 [par. 35 *StGB*, dove si regola lo stato di necessità scusante] dimostrano che un infermo di mente - per esempio perché entra in un delirio omicida alla vista del sangue - è

il diritto 'esige' la condotta eroica, sebbene non consideri 'penalmente responsabile' chi la ometta. Senza dubbio, l'espressione 'non esigibilità' si è imposta nella dottrina e sicuramente possiede una forza plastica, ragion per la quale, fatta tale precisazione, continueremo ad utilizzarla» (trad. nostra), *Idem*, *PG*¹⁰, 2016, 24/5, p. 620.

⁶ Cfr. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traduzione della seconda edizione tedesca (1994) a cura di Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, e De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, 22/1-14, pp. 896-902; si veda anche *Idem*, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*⁴, hrsg. Beck, Monaco, 2006, 22/1-14, pp. 963-969.

⁷ Vd. GÓMEZ BENÍTEZ, *Consideraciones sobre lo antijurídico, lo culpable y lo punible, con ocasión de conductas típicas realizadas por motivos de conciencia*, in *Estudios penales*, Madrid, 2001, pp. 101-112.

pericoloso per la collettività, sarà assolutamente corretto applicare una misura di sicurezza»⁸. Al contrario, nella terza edizione egli nega la possibilità di applicare ad un infermo di mente una misura di sicurezza se soccorre una scusante, in quanto «finché un infermo di mente non si comporta in maniera diversa da un soggetto imputabile, non esiste nessun motivo per applicargli una sanzione penale. La sola pericolosità non è, come per il resto del diritto penale, sufficiente. Diversamente argomentando, dovrebbe ritenersi che la condotta realizzata in legittima difesa da un infermo di mente dovrebbe di per sé legittimare l'applicazione di una misura di sicurezza, cosa che ovviamente non può essere sostenuta»⁹.

Tuttavia, se, secondo Roxin, non vi è alcuna necessità general-preventiva di applicazione della pena, perché dovrebbe proibire la condotta scusata?

Questo è stato il tema centrale di un lungo dibattito che ebbi, per iscritto, con Roxin. I miei argomenti erano i seguenti:

- a. Se la condotta inesigibile è vietata, ne consegue che bisogna affermare che il diritto non può esigere l'eroicità però può prescriverla, cosicché la norma penale, paradossalmente, pare scritta per gli eroi. In questo modo, si dissociamo inesigibilità e divieto penale, dovendosi parlare, in senso stretto, di un'inesigibilità per quanto riguarda l'applicazione della pena e di un'esigibilità con riguardo al divieto.

Ciononostante, non appare chiaro il fine concreto di tale esigenza:

- Convertire il cittadino medio in eroe. In altri termini, *impedire l'applicazione dell'inesigibilità* così come conosciuta fino ad oggi.
- Ovvero criminalizzare la stessa condizione di essere umano che non è sufficiente per soddisfare i comandi previsti dalla legge.
- In ogni caso, siccome la norma penale non soddisfa fini morali nell'intento di conformare le coscienze, ma piuttosto fini sociali di organizzazione della convivenza stessa, si deve concludere che il divieto della condotta volta a salvare la propria vita si risolve, nello stato di necessità 'esistenziale', nel vietare l'azione tipica. Roxin argomenta come segue, affermando che «da un punto di vista general-preventivo può anche essere necessario prevedere un divieto penale senza che, allo stesso tempo, le esigenze di prevenzione generale richiedano la punizione di quanto vietato»¹⁰.

⁸ Cfr. ROXIN, *PG*, 2a trad., 1997, 19/53, p. 817.

⁹ Cfr. ROXIN, *AT I*, 1997, 19/57, p. 750; si veda anche *Idem*, *AT I*, 2006, 19/61, p. 879.

¹⁰ Cfr. ROXIN, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 48, traduzione a cura di Gómez Rivero e García Cantizano. Ciò significa, ovviamente, che il mero divieto si considera già uno strumen-

Questa soluzione presenta diversi problemi:

- In primo luogo, e con tutte le difficoltà connesse ad un'affermazione generale di questo tipo, una pretesa di efficacia che riposa sul solo divieto è poco più di una mera illusione. Il fatto che la condotta volta a salvare la propria vita sia nominalmente proibita non eserciterà nessuna efficacia strumentale reale. Chi per ragioni di coscienza preferisce morire, lo farà anche se l'omicidio di un terzo è permesso; chi preferisce salvarsi o salvare i suoi figli, lo farà anche se è vietato - senza che vi si associ una pena - l'omicidio di un terzo. Ritenere che il mero divieto rappresenti un fattore particolarmente influente sulla decisione finale significa sopravvalutare la sua efficacia preventiva e sottostimare la forza, da una parte, delle convinzioni etiche o delle credenze religiose e, dall'altra parte, dell'istinto di sopravvivenza.

Il divieto della condotta inesigibile pone, inoltre, la necessità di elaborare un nuovo concetto che si affianca a quello di meritevolezza della pena, che si concretizza in quello della *necessità del divieto*. Tuttavia tale divieto e la necessità che esso soddisfa si scontrano con un altro elemento essenziale della configurazione sociale: il carattere non dovuto del suicidio o in generale dell'auto-sacrificio; un dovere la cui imposizione potrebbe anche necessitare di una spiegazione politico-criminale. È opportuno evidenziare che se si sostiene che la condotta tipica realizzata nello stato di necessità soggettivo è una condotta anti-giuridica, non si è molto lontani dall'affermare che il diritto penale impone il suicidio. In tal senso Durkheim definisce il suicidio come qualsiasi caso di morte che risulti, direttamente o indirettamente, da un atto, positivo o negativo, realizzato dalla vittima stessa, consapevole che avrebbe prodotto tale risultato¹¹.

to repressivo, al di là della pena e della misura di sicurezza. Perron ritiene che il carattere frammentario delle scusanti, che trova il suo fondamento nella benevolenza legislativa di fronte alle debolezze individuali, impone che gli eventuali casi estremi possano, in sostanza, essere tenuti in considerazione solo nella graduazione della pena o in accordo col principio di 'opportunità processuale', Idem, *Justificación y exculpación en Derecho penal alemán en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)*, in *Justificación y exculpación en Derecho penal*, a cura di Eser, Gimbernat, Perron, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense; Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, pp. 105-106.

In ogni caso, si deve evidenziare che non può mai parlarsi di un'efficacia general-preventiva del processo stesso viceversa, in tal modo, il processo inteso come sanzione, si tramuterebbe nella sola sanzione senza processo.

11 Vd. DURKHEIM, *El Suicidio*⁵, Madrid, 1998, p. 5. «Sebbene per regola generale ci rappresentiamo il suicidio come un'azione positiva e violenta che implica un certo impiego di forza muscolare, può avvenire che una condotta puramente negativa o la semplice omissione producano la medesima conseguenza» (trad. nostra). «Sia che la mor-

L'idea di un suicidio obbligatorio può essere accettata in società fortemente ideologizzate, per esempio, le teocrazie o gli stati fortemente militarizzati, ma in società libere costituisce un tabù tanto pregnante quanto quello che impedisce di uccidere un innocente per salvare la propria vita. «Affinché la società possa costringere (...) alcuni dei suoi membri ad uccidersi, è necessario che la personalità individuale si consideri cosa da poco. Perché da quando inizia a costituirsi, il primo diritto che si riconosce [al membro della società] è quello di vivere; tutti gli altri possono essere sospesi in circostanze, fortemente eccezionali, come la guerra. Ne consegue che il debole peso connesso alla singola vita non possa avere che una sola causa. Perché l'individuo occupi così poco spazio nella vita collettiva, è necessario che sia quasi totalmente assorbito nel gruppo e, di conseguenza, che questo sia fortemente integrato»¹². Durkheim definisce *suicidio altruista* quello che consegue ad un forte altruismo. Inoltre, quando «presenta un carattere doveroso, è importante che la terminologia adottata esprima questa peculiarità. Il termine *suicidio altruista obbligatorio* ci appare, quindi, essere la definizione più adeguata per questo tipo di suicidio»¹³.

In ogni caso, sembra che il valore della vita umana nelle società occidentali sia sufficientemente radicato per compensare l'assenza di divieto di queste condotte molto precise ed eccezionali. Il cammino per evitarlo non è l'elaborazione di norme di divieto, ma di prevedere rigide norme di prevenzione che, quando possibile, intervengano

te sia accettata semplicemente come una condizione emotiva ma inevitabile del fine al quale si tende, ovvero sia essa stata voluta espressamente e cercata in forma assoluta, ciò che è certo è che il soggetto in un caso o nell'altro rinuncia all'esistenza e le differenti maniere di rinunciarvi non possono costituire altro che delle varianti di una stessa categoria» (trad. nostra), DURKHEIM, *op. cit.*, pp. 3-5.

12 Cfr. DURKHEIM, *op. cit.*, p. 228.

13 Cfr. DURKHEIM, *op. cit.*, p. 229. È eloquente l'opinione di Bernsmann con riguardo all'incompatibilità tra il contratto sociale come fondamento del monopolio statale della violenza legale e la punibilità della condotta volta a salvare la propria vita, BERNSMANN, «*Entschuldigung*» durch Notstand. *Studien zu § 35 StGB*, Heymann, Colonia, Berlino, Bonn, Monaco, 1989, pp. 306-307. «Lo Stato deve proteggere e rispettare la vita e non può imporre sotto minaccia di una pena, in nessuna circostanza, l'accettazione della morte» (trad. nostra), BERNSMANN, *op. cit.*, p. 308. Bisogna ricordare che secondo HOBBS, *Leviatán*, Messico, 1984, p. 177, «Se il sovrano ordina ad un uomo (sebbene giustamente condannato) che si uccida, ferisca o mutili o che non resista a chi lo attacca o che si astenga dal consumo di alimenti, aria, medicine o di qualsiasi altra cosa senza la quale non può sopravvivere, quest'uomo ha la libertà di disobbedire» (trad. nostra). In tal senso anche SPINOZA, *Tratado político*, Madrid, 2004, pp. 111-112; l'Autore afferma che «non appartiene ai diritti della società tutto quello alla cui esecuzione nessuno può essere indotto con premi o minacce. Così, per esempio, nessuno può rinunciare alla facoltà di giudicare» (trad. nostra). Lo stesso può dirsi «di quelle azioni che la natura umana aborre fino al punto da ritenerle peggiori di qualsiasi male, come testimoniare contro se stessi, torturarsi, uccidere i propri genitori, non cercare di evitare la propria morte e cose analoghe alle quali nessuno può essere indotto mediante premi o minacce» (trad. nostra).

sull'origine del conflitto, cioè, sulla situazione stessa di necessità¹⁴.

- In secondo luogo, se si sostiene la teoria differenziata dello stato di necessità e si considera che le condotte volte a salvare la propria vita sono vietate ma allo stesso tempo rientrano nell'art. 20, co. 5, c.p. (una tesi molto diffusa), ne consegue che bisogna accettare che esiste un dovere generale di astensione, collocato nell'antigiuridicità, e un dovere speciale, collocato nella colpevolezza, al quale allude l'art. 20, co. 5, c.p. quando afferma che il soggetto che verta in stato di necessità non deve avere, in ragione del proprio incarico o della propria posizione, l'obbligo di sacrificarsi. La presente doppia collocazione del dovere complica inutilmente la relazione tra antigiuridicità e colpevolezza. Sarebbe più semplice comprendere la situazione inversa, ossia che all'esistenza di un obbligo speciale di sacrificarsi corrisponda l'inesistenza di un obbligo generale di sacrificarsi¹⁵.

14 Da un altro punto di vista, non è nemmeno possibile affermare che questo divieto è imposto dalle conseguenze accessorie dell'antigiuridicità, perché se sono le conseguenze accessorie che impongono l'antigiuridicità, allora è la stessa antigiuridicità a rappresentare una conseguenza accessoria delle sue conseguenze accessorie. Una versione rivista della teoria della differenziazione può ritrovarsi in Pawlik. Per questo Autore, nel caso classico dello stato di necessità scusante, con due parti contrapposte in un conflitto vita contro vita che non è stato da loro generato, alla domanda circa l'ammissibilità di una condotta volta a salvare il proprio progetto di vita come *conditio sine qua non* del sacrificio di un altro innocente si impone una chiara risposta negativa. L'ammissibilità di siffatta condotta implicherebbe dare un basso valore alla vita dell'altro e sarebbe, per questa ragione, incompatibile col principio di uguaglianza di ogni cittadino. Di conseguenza, interferire nell'altrui vita innocente, con l'obiettivo di preservare la propria, risulta illegittimo, PAWLIK, *Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosófico-jurídicas y configuración dogmática*, *InDret Penal*, Barcellona, 4/2015, p. 16. Per ulteriori specificazioni circa le scusanti rientranti nella categoria della colpevolezza penale, si veda MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Valencia, 2009.

15 È evidente che mantenere l'inesigibilità all'interno dell'ambito delle condotte previste dalla norma obbliga a costruire una *non esigibilità vietata*. Il legame tra il dovere e l'esigibilità è perfettamente avvertito da Cobo del Rosal e Vives Antón, «visto che il problema dell'inesigibilità è predeterminato, rispetto alla sua soluzione, dalla posizione prescelta nell'ambito dell'antigiuridicità: se si considera che la violazione del dovere appartiene all'antigiuridicità, ne consegue che l'esigibilità o quantomeno l'esigibilità generica o astratta, deve anch'essa appartenerele. Se, al contrario, si ritiene che l'antigiuridicità sia costituita esclusivamente dalla lesione o dalla messa in pericolo di beni giuridici, allora l'esigibilità e l'inesigibilità devono situarsi nell'ambito della colpevolezza» (trad. nostra), v. COBO DEL ROSAL, VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte General*⁵, Valencia, 1999, p. 691. «Per questa ragione, la posizione di coloro che collocano [...] le cause d'inesigibilità tra quelle che escludono l'antigiuridicità, tra i quali ritroviamo Gimbernat o Gómez Benítez, [...] è, senza dubbio, coerente anche quando non la si condivide» (trad. nostra), *ivi*, p. 691. Nella concezione 'significativa del delitto', Martínez-Buján Pérez riconosce un'inesigibilità individuale, vincolata a caratteristiche personali dell'individuo concreto, che può dare luogo a una causa di non punibilità rientrante nella categoria della colpevolezza, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El contenido de la antijuridicidad. (Un estudio a partir de la concepción significativa del delito)*, Valencia, 2013, pp. 78-79, note 122-123. Con riguardo alla collocazione sistematica dell'i-

Come è noto, l'affermazione del possibile carattere antigiuridico del fatto realizzato dal soggetto non imputabile si fonda, generalmente, sull'opportunità di imporre anche a costui il rispetto delle norme penali, attesa la possibilità che egli orienti, in virtù di queste, il suo agire. Roxin fa riferimento a questa teoria, attualmente dominante, affermando che «si deve considerare la norma dalla quale discende il divieto come imperativa, come parametro di determinazione, che si dirige alla volontà umana e che orienta l'individuo circa ciò che deve fare ovvero smettere di fare» e che, ciononostante, «separa l'antigiuridicità dalla colpevolezza, cosicché le norme prescrittive si dirigano indistintamente a soggetti imputabili o non imputabili». «La giustificazione di questa teoria risiede nel fatto che anche i non imputabili possono essere giustificati, in linea di principio, dalla norma giuridica [...] e che una violazione di quest'ultima da parte di un non imputabile comporterà non una pena, ma altre conseguenze comunque rilevanti dal punto di vista giuridico-penale (imposizione di una misura di sicurezza, diritto alla legittima difesa dell'agredito)»¹⁶. Mir Puig, nonostante ritenga l'incapacità personale di evitare il fatto come una causa che impedisce il configurarsi di una violazione della norma prescrittiva, distingue i casi nei quali manca la possibilità di una comprensione normale del precetto normativo dai casi in cui «ha senso dirigere il messaggio normativo al soggetto, che potrà violare la norma prescrittiva». Tuttavia, non sarà legittimo considerare il soggetto non imputabile penalmente responsabile, poiché la norma, ancorché non possa esplicare integralmente la sua funzione di orientamento, può comunque incidere nel processo motivazionale dell'agente, di modo che «la ragione per la quale continua ad avere senso la possibilità di considerare vietata la condotta di chi agisce senza responsabilità penale» consiste nel fatto che «il divieto normativo potrà essere compreso dal non responsabile» e nell'intuizione che «la rimozione *ex ante* del divieto potrebbe essere mal interpretata dal soggetto malgrado la sua mancanza di responsabilità penale»¹⁷.

Nonostante quanto detto finora, *motivare il soggetto non imputabile per mezzo della pena non può essere una delle finalità della pena perché il principio di colpevolezza circoscrive il campo di applicazione della pena al solo ambito della colpevolezza*. Per questo motivo, allorquando si accetti l'applicazione anche al soggetto non imputabile della norma prescrittiva in ragione della possibilità che egli ha di compiere il mandato normativo, la misura di sicurezza si converti-

nesigibilità, si veda MOLINA FERNÁNDEZ, *Memento Penal 2017*, a cura di Molina Fernández, Lefebvre, 2016, marginali 2575-2580.

¹⁶ Trad. nostra di ROXIN, *PG*, (2^a trad.), 1997, 10/93, pp. 322-323; *ATI*, ed. 4^a, 2006, 10/93, pp. 323-324.

¹⁷ Trad. nostra di MIR PUIG, *PG*, 10^a, 20/47-48, pp. 557-558.

rebbe in una minaccia d'intervento poiché è evidente che non si vuole ingannare il non imputabile minacciando l'applicazione di una pena se commette un delitto. In altre parole, è palese che non si possa accettare come legittima l'efficacia preventiva della rappresentazione di una *minaccia penale inesistente*. Tuttavia, la pretesa di riconoscere alle misure di sicurezza una natura general-preventiva, mediante l'estensione al non imputabile della norma prescrittiva penale, comporta la trasformazione della stessa misura di sicurezza in una pena a contenuto specifico: il possibile intervento nella sfera intima del soggetto. Con ciò si realizza l'ulteriore risultato di diluire, ancorché indirettamente, il presunto carattere irrinunciabile del principio di colpevolezza¹⁸.

3 La teoria unitaria

Per le ragioni esposte finora, consideriamo più corretta la teoria unitaria che considera tutte le ipotesi di stato di necessità come rientranti nelle cause di giustificazione.

Se si considera che l'omicidio commesso per salvare la propria vita nel caso dello stato di necessità 'esistenziale' è una condotta anti-giuridica, questo significa che il diritto penale impone come condotta necessaria, nel rispetto della corrispondente norma prescrittiva, l'obbligo di accettare la propria morte (o di suicidarsi se si considera, come fa Durkheim, che l'accettazione della propria morte è una forma di suicidio). Quest'obbligo racchiude una criminalizzazione della condizione umana e un attentato diretto all'idea stessa d'inesigibilità di una condotta diversa: si scinde l'antigiuridicità dall'esigibilità con la conseguenza di individuare una sorta di *doppia posizione dell'uomo medio*: idealmente realizza una condotta anti-giuridica, immediatamente negata dalla *realtà* che si rivela nell'ambito della colpevolezza. Deve, quindi, concludersi che l'eroe muore nell'osservanza della legge e che chi non lo è commette un omicidio anti-giuridico al quale non segue, però, una pena. Allo stesso modo, se si vuole continuare a mantenere un divieto penale previsto in una norma prescrittiva,

18 MOLINA FERNÁNDEZ ha realizzato uno studio approfondito sulla colpevolezza come elemento della violazione nella sua opera *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch, Barcellona, 2001. Per questo Autore, se l'antigiuridicità racchiude un momento prescrittivo, ci troviamo dinanzi «al paradosso per il quale la norma è uno strumento per ottenere quello che, in alcuni casi, va oltre la sua stessa capacità strumentale» (trad. nostra), MOLINA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 62. «La conseguenza da trarre è che o si rompe il legame tra l'antigiuridicità non colpevole e la violazione di una norma intesa come prescrittiva, dandole così un contenuto diverso, o, se si vuole mantenere questo vincolo, sarebbe impossibile concepire (dalla prospettiva della norma) un'antigiuridicità senza prendere in considerazione le circostanze della colpevolezza» (trad. nostra), MOLINA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 65.

tale divieto deve perseguire un determinato fine in quanto, in caso contrario, l'antigiuridicità si svincolerebbe dalla legittimità preventiva del sistema penale. Questo fine è il sacrificio stesso, che si trasforma così in una condotta inesigibile con riguardo all'applicazione della pena, ma esigibile dal punto di vista del divieto, divenendo suddetto divieto una peculiare terza conseguenza giuridico-penale.

Il diritto penale è un sistema normativo che ha una pretesa di totalità. Ciò significa che tutte le condotte vietate costituiscono una parte della realtà che si vuole modificare. La previsione di giudizi di valore o di divieti che non siano assistiti da una pretesa di intervento richiamano un potere di definire in modo astratto il bene ed il male che non rientra nelle facoltà del legislatore penale. Nonostante vi siano aspetti che vanno al di là di qualsiasi possibile valutazione, in altri termini, nonostante l'esistenza dell'imponderabile, l'antigiuridicità consiste in una valutazione tra il bene ed il male. Tale scelta rappresenta l'oggetto dell'intervento penale, ossia, determina quali aspetti della vita rientrano nella materia penale e quali no. La colpevolezza presuppone questa valutazione e, sebbene sia consentito un certo margine di apprezzamento che potrebbe definirsi come adattamento alla 'giustizia', il suo ruolo principale consiste nella selezione del metodo adeguato per evitare o correggere la condotta che realizza un disvalore.

Dato il limite generale del divieto di responsabilità oggettiva, il campo di intervento che residua disponibile può essere suddiviso in un volere, antigiuridicità, e in un potere, colpevolezza, inteso quest'ultimo come una diversificazione delle forme di intervento. Di fatto, non si discute che *non violi il divieto di responsabilità oggettiva l'applicazione di una misura di sicurezza a un non imputabile che non sia motivabile attraverso una norma*. Per questo motivo, l'antigiuridicità deve rimanere l'oggetto dell'intervento penale - ciò che il legislatore vuole evitare¹⁹ - e la colpevolezza come il luogo dove si decide la forma corretta d'intervento. Di conseguenza, se salvare sé stessi in una situazione di necessità la si considera una condotta vietata però non colpevole, è corretto prevedere una misura di sicurezza che educi il trasgressore alla condotta volta al sacrificio di sé. Se ciò non viene fatto, significa che salvare sé stessi è accettato. E se è accettato, allora sarà giustificato²⁰.

19 Si veda la nota 22.

20 Le soluzioni intermedie, che pretendono di risolvere questi problemi in una collocazione sistematica tra l'antigiuridicità e la colpevolezza, non sono, in termini generali, convincenti. Tutte le teorie intermedie concordano nel ritenere che, nel caso dello stato di necessità scusante, si esclude il disvalore giuridico-penale ma non l'illiceità dal punto di vista dell'ordinamento giuridico complessivo. Dato che l'ordinamento giuridico complessivo può essere inteso unicamente come ordinamento giuridico extra-penale, la norma violata, la cui conferma si ottiene con la riaffermazione dell'antigiuri-

Il principale sostenitore della teoria unitaria è Gimbernat Ordeig, i cui lavori sulla natura giuridica dello stato di necessità restano ancora un punto di riferimento imprescindibile per la corretta comprensione di questo complesso istituto²¹.

Ciononostante, la tesi di Gimbernat Ordeig deve essere ampliata con riguardo al 'conflitto vita contro vita', principalmente per due ragioni:

- b. perché non si interroga sul problema del bilanciamento tra i beni giuridici della vita;
- c. perché non considera l'ambito di applicazione soggettivo in nessuna ipotesi di stato di necessità 'esistenziale'.

Con riguardo a quest'ultima osservazione, si può giungere a conseguenze indesiderate. Per esempio, nel caso di due persone che versino entrambe in uno stato di necessità 'esistenziale' si ammetterebbe l'intervento giustificato di qualsiasi terzo, in qualità di autore o di partecipe, in favore di qualunque degli interessati («*mal proprio o ajeno*» [male proprio o altrui] ex art. 20, co. 5, c.p.)²²; pertanto po-

ridicità, è la norma extra-penale; a tale norma, in questo modo, si affida la potestà di creare una categoria indipendente al centro della teoria del reato.

21 Si veda GIMBERNAT ORDEIG, *El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad*, in *Estudios de Derecho penal*³, Madrid, 1990, pp. 218-230; Idem, *Justificación y exculpación en Derecho penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)*, in *Justificación y exculpación en Derecho penal*, a cura di Eser, Gimbernat, Perron, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense; Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, pp. 63-71. Nell'opinione di Gimbernat Ordeig, «lo stato di necessità nel caso di conflitto tra beni giuridici equivalenti riunisce tutti e ciascuno dei requisiti di una causa di giustificazione» (trad. nostra). Ciò è vero «in quanto regola i casi nei quali il legislatore non vuole combattere ciò che potrebbe» (trad. nostra), perché, a differenza di ciò che succede con riguardo alle circostanze che influiscono sulla punibilità, costruite per determinate persone o riferite a determinati reati, «nello stato di necessità nel quale vi è un contrasto tra beni giuridici equivalenti, la non punibilità si riferisce ad azioni tipiche giuridicamente neutrali o indifferenti eseguite, in principio e secondo la regola generale, da un qualsiasi soggetto per realizzare un qualsiasi reato» (trad. nostra); nonché se il soggetto è motivabile dalla pena, «allora è ovvio che, per definizione, la sua impunità non può fondarsi sull'assenza di colpevolezza - sia se questa si intende come motivabilità che come rimproverabilità - tuttavia bisognerà trasferire il problema - come cerchiamo di proporre da dieci anni - nell'antigiuridicità, nella quale si analizza l'assenza di responsabilità per i soggetti motivabili» (trad. nostra), Idem, *Prólogo*, in CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho penal*, Madrid, 1984, pp. 22-23. Questa prefazione è un ampliamento del contributo scritto nel 1974 per il *Libro-Homenaje* a Hans Welzel in occasione del suo settantesimo compleanno e citato come primo testo di questa nota. Il *Prólogo* citato si può anche trovare in *Estudios de Derecho penal*³, 1990, pp. 231-239 (Introduzione al libro di A. CUERDA «*La colisión de deberes en Derecho penal*»). A sostegno della teoria unitaria, si veda anche SÁNCHEZ DAFAUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, Valencia, 2016, pp. 133-135.

22 «Infatti è difficile comprendere, usando il famoso esempio della tabella di Carneade, perché quando il soggetto eccede uccidendo, quale autore materiale della condot-

trebbe accadere che una qualsiasi autorità pubblica (finché si tratta di un'azione giuridicamente neutrale e non proibita) potrebbe scontrarsi con una qualsiasi altra autorità in una battaglia campale senza una soluzione preferibile²³.

Di fronte a questa tendenza espansiva del conflitto, in questo lavoro si difende - come meglio si dirà *infra* - un principio restrittivo fondato sull'appartenenza ad una categoria determinata di soggetti.

4 La presa di posizione

Per aggirare le difficoltà citate, abbiamo deciso di distinguere due gruppi di casi di stato di necessità 'esistenziale', dato che riteniamo che ognuno includa problemi differenti e conseguenti diverse ragioni sulle quali fondare l'esclusione di responsabilità: lo stato di necessità in caso di conflitto vita contro vita quando l'autore devia verso un terzo un rischio per salvare la sua vita o quella delle persone a lui vicine (che abbiamo definito stato di necessità soggettivo) e lo stato di necessità in caso di conflitto tra i beni giuridici della vita quando, però, l'autore è una persona estranea al conflitto (stato di necessità 'esistenziale' oggettivo) e, quindi, quando né la sua vita né quella di qualsiasi persona cara è in pericolo.

ta, per mano propria, uno dei naufraghi per salvarne un altro, vada esente da responsabilità [...] mentre, invece, debba rispondere in quanto partecipe quando non arriva a tali estremi e, al posto di privare direttamente una persona della vita, si limiti a consegnare la pistola a uno dei naufraghi affinché uccida l'altro» (trad. nostra), GIMBERNAT ORDEIG, *El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad*, in *Estudios de Derecho penal*³, 1990, p. 222.

23 La condotta eseguita nello stato di necessità nel caso di conflitto tra beni giuridici equivalenti non può risolversi in un bilanciamento positivo. «Nella misura in cui l'ordinamento giuridico non ne stima il valore, potrebbe parlarsi di un comportamento giuridicamente neutrale» (trad. nostra), GIMBERNAT ORDEIG, *El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad*, in *Estudios de Derecho penal*³, 1990, p. 228. Nel diritto penale spagnolo, nei casi di conflitto tra beni giuridici di pari rango «l'autore è 'motivabile' dalla norma e, comunque, va esente da responsabilità». L'unica spiegazione a quanto detto «può essere unicamente il fatto che, in realtà, ciò che viene regolato non è una causa d'esclusione della colpevolezza, ma di giustificazione, sebbene questa si distingua da altre cause d'esclusione dell'antigiuridicità nella misura in cui il fatto realizzato in stato di necessità non può essere considerato lecito; tuttavia ciò che caratterizza la condotta conforme al diritto penale non risiede nella circostanza che l'ordinamento giuridico ne apprezzi il valore, ma unicamente nella scelta di rinunciare a vietarne la realizzazione attraverso la minaccia di una pena» (trad. nostra), GIMBERNAT ORDEIG, *Justificación y exculpación en Derecho penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)*, in *Justificación y exculpación en Derecho penal*, 1995, p. 68.

5 Lo stato di necessità soggettivo

Lo stato di necessità soggettivo è una causa di giustificazione. Il suo fondamento si rinviene nell'inesigibilità di una condotta diversa. Si può pensare, ad esempio, ad una persona che voglia sottrarre ad un'altra l'unico giubbotto di salvataggio disponibile in un naufragio o ad un montanaro che cerca di liberare un rifugio, improvvisato in una roccia e all'interno del quale entra una sola persona, durante una tormenta di neve in alta montagna.

Rovesciando il famoso aforisma utilizzato da Roxin²⁴, il fondamento della non punibilità nel caso dello stato di necessità soggettivo è il desiderio che l'essere umano non sia obbligato ad essere oggetto di un gioco del destino. Questa scriminante consente una libera organizzazione degli affetti all'interno di un ambito soggettivo e materiale riconosciuto come ingovernabile dalla legge²⁵.

Siccome il fondamento dello stato di necessità soggettivo non si rinviene nel bilanciamento tra interessi oggettivi, l'art. 20, co. 5, c.p. non può essere la norma adeguata per la sua disciplina. La col-

24 Si veda ROXIN, *Otras causas de justificación y exculpación*, in AA.Vv., *Justificación y exculpación en Derecho penal*, a cura di Eser, Gimbernat, Perron, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense; Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, p. 234, traduzione a cura di Cancio Meliá: «non vorrei unirmi a questo orientamento [l'affermazione da parte di Welzel circa la configurabilità della scusante fondata sul principio di scelta del male minore nei casi di conflitto 'esistenziale'], dato che non è caratteristica propria dell'essere umano, giocare ad essere il destino» (trad. nostra).

25 Non si condivide l'affermazione di Jakobs secondo la quale il soggetto non può operare una selezione all'interno dell'ambito soggettivo d'applicazione dello stato di necessità scusante. «Qualora il soggetto agisca a favore di una persona cara, la disciplina legislativa riconosce il legame di parentela, valorizzandone l'intensità. Ciò non può valere quando il soggetto intervenga in favore di una persona cara che non rientri tra quelle menzionate nella legge [come normativamente previsto nel par. 11 StGB]. Per esempio: un padre che, in seguito ad un naufragio, getta dalla scialuppa di salvataggio sua figlia per salvare suo figlio realizza un comportamento colpevole. Sarebbe però ammissibile trasferire il pericolo da *se stesso* a persone vicine, incluso nei confronti di quelle di cui l'autore deve occuparsi in quanto garante istituzionale, poiché l'istituzione non richiede di immolarsi mediante un'imposizione giuridica» (trad. nostra), JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, seconda ed. corretta, traduzione della seconda ed. tedesca (1991) a cura di Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gómez de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 690. Dinanzi a questa affermazione di Jakobs, si deve concludere che la condotta volta al sacrificio della propria vita è prevista normativamente - almeno nel par. 35 StGB, dove si disciplina lo stato di necessità definito scusante - individuando un ambito soggettivo di applicazione che eccede la propria persona (ricomprendendo la propria persona, i parenti ed i familiari). Ciò in quanto, si rinviene il medesimo sacrificio tanto nella propria morte, quanto in quella di un figlio (per esempio, nella morte del figlio fatto saltare in aria). Entrambe le condotte sono inesigibili. In entrambe «l'istituzione non impone per legge di immolarsi» (trad. nostra). Di conseguenza, a parer nostro, l'ambito soggettivo di applicazione dell'esimente consente una scelta basata su una libera organizzazione degli affetti in un ambito definito normativamente come ingovernabile.

locazione normativa corretta è quella sostenuta, tra gli altri, da Mir Puig, autore secondo il quale la 'paura insuperabile' risolve una buona parte dei casi di stato di necessità scusante²⁶. Senza giungere ad una tale affermazione, lo stesso *Tribunal Supremo* ritiene che la 'paura insuperabile' possieda attributi propri allo stato di necessità: la presenza di una minaccia reale, seria ed imminente, oggettivamente apprezzabile da un uomo medio. In tal senso si vedano le sentenze del *Tribunal Supremo* n. 340 dell'8 marzo 2005; n. 180 del 16 febbraio 2006; n. 774 del 10 luglio 2009; n. 35 del 29 gennaio 2015; n. 86 del 25 febbraio 2015: «male effettivo, reale e dimostrato» ovvero sent. n. 240 del 29 marzo 2016: la paura deve dipendere «da un fatto effettivo, reale e dimostrato; anche imminente»²⁷.

Nonostante si scelga di accedere alla tesi di Mir Puig, non si condivide la scelta circa la collocazione sistematica per le ragioni dommatiche esposte nei paragrafi precedenti e perché consideriamo che tutti coloro che siano coinvolti nel conflitto debbano avere le stesse possibilità di difesa. Ciò in quanto non vi è un confronto tra interessi oggettivi, ma la tutela di interessi personali. Qui si determina un confronto fra cause di giustificazione, in quanto non vi è una soluzione preferibile del conflitto. Si ritiene che né A né B siano obbligati a dare la loro vita nel caso dello stato di necessità oggettivo, però, nemmeno si prevede chi tra A e B debba salvarsi.

La maniera migliore di analizzare, dal punto di vista dommatico, questo problema consiste nel considerare lo stato di necessità definito scusante come una causa di giustificazione soggettiva. Ossia, come una causa di giustificazione con un ambito di applicazione soggettivo (riferito ad una categoria di persone determinate)²⁸.

Il fatto che nello stato di necessità scusante si tratti anche di elementi personali ha reso, a nostro avviso, più difficile la comprensione del fatto che questi elementi personali appartengono già allo stesso oggetto di valutazione, ossia, all'antigiuridicità. Se determinate circostanze personali si includono nelle cause di giustificazione quali elementi oggettivi delle stesse, la *valutazione impersonale e oggettiva*

²⁶ Cfr. MIR PUIG, *PG*, 10^a, 2016, lezione 24, pp. 617-627.

²⁷ La psichiatria non concepisce la 'paura insuperabile' come uno stato clinicamente indipendente. Si tratta di un disturbo del controllo degli impulsi, di panico, di stress post-traumatico o, in concreto, di una nevrosi da guerra. Abbiamo effettuato diverse consulenze professionali e in tutti i casi abbiamo ricevuto la stessa risposta: questi problemi necessitano, senza dubbio, di un trattamento medico. Com'è noto, la non punibilità per 'paura insuperabile' non prevede l'applicazione di una misura di sicurezza (art. 20, ult. co., c.p.). Questa peculiarità conferma la necessità dei correttivi adottati alla suesposta tesi di Mir Puig.

²⁸ In tal senso, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, cit., pp. 663-664, nota 95; Idem, *Caso de los intermediarios en secuestros*, in AA.VV., *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, a cura di Sánchez-Ostiz, La Ley, Madrid, 2011, pp. 485 ss..

va del fatto intero, che è il presupposto del principio di accessorialità limitata della partecipazione, cederà il posto ad una *valutazione soggettiva ma anche oggettiva del fatto di ciascuno degli attori*.

Le conseguenze sistematiche di questa sottocategoria possono essere le seguenti:

- Il confronto tra le suddette condotte giustificate è possibile, perché non vi è un interesse oggettivamente prevalente, ma due interessi personali entrambi degni di protezione. Di fronte a questo non bisogna dimenticare che l'affermazione dell'antigiuridicità di una delle condotte che si pongono a confronto non esclude la presenza di uno *spazio libero dall'intervento penale*, poiché comunque si concluda il conflitto, a nessuno degli attori verrà applicata una pena o una misura di sicurezza²⁹.
- Restano esenti dalla responsabilità penale soltanto gli autori che si trovano nell'ambito soggettivo di applicazione dell'esi-

²⁹ Il confronto fra cause di giustificazione non si può rifiutare categoricamente. Per esempio, esso si realizza nei casi in cui si reagisce alla condotta giustificata dell'autore materiale, mentre la stessa reazione non sarebbe possibile nei confronti dell'autore mediato. Così, dato che in questi casi bisogna decidere «tra due soggetti che si trovano dinanzi ad una medesima situazione dal punto di vista dell'ordinamento - nessuno di loro agisce in maniera antigiuridica - , cosicché bisognerà rispettare i limiti dello stato di necessità» (trad. nostra), Mir Puig, *PG*, 10^a, 2016, 14/67, 68 e 69, p. 395. Dall'altro lato, è opinione comune quella secondo la quale una condotta realizzata in errore inevitabile sui presupposti di fatto di una causa di giustificazione deve consentire una risposta giustificata in stato di necessità difensivo. Ora, se si parte da una dottrina penale che concepisce il divieto come norma prescrittiva, non può risolversi tale errore inevitabile in sede di colpevolezza e presupporre l'antigiuridicità, poiché lo stesso obbliga - posto che l'errore inevitabile è definito normativamente come il caso in cui il soggetto non poteva conoscere la situazione reale - a considerare come antigiuridica una condotta imprevedibile o fortuita. In tal senso si veda GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1980, p. 289. L'Autore sostiene che «l'affermazione della necessità della condotta, oggettivamente valutata *ex ante*, quando si realizzano gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione (errore inevitabile sui presupposti di fatto della causa di giustificazione), equivale all'affermazione dell'inesistenza dell'antigiuridicità (dolosa o imprudente)» (trad. nostra). Si veda anche SUÁREZ MONTES, *Reflexiones en torno al injusto penal*, in *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, a cura di Luzón Peña e Mir Puig, Pamplona, 1995, p. 195.; l'Autore afferma che: «Richiedere l'esistenza effettiva dell'elemento oggettivo [della corrispondente causa di giustificazione] come requisito della liceità è incompatibile con il fine della norma, poiché fa dipendere l'antigiuridicità o la liceità dell'azione necessaria dal caso» (trad. nostra). Ciononostante, non sembra possibile giungere ad affermare l'assenza di violazione della norma senza ricorrere all'errore inevitabile sui presupposti di fatto di una causa di giustificazione poiché, come sostiene Gimbernat Ordeig in relazione alla legittima difesa, «se nella realtà non si realizza un'aggressione illegittima, ne consegue che laddove si utilizzi un mezzo che non può né impedire né respingere alcuna aggressione illegittima, perché la stessa non esiste nella realtà ma solo nella percezione soggettiva di chi si crede attaccato, per tali ragioni, in questa situazione e in virtù dell'elementare regola della sussumibilità di ciò che accade nella realtà, non si rientra in un'ipotesi sussumibile nell'art. 8, co. 4, c.p. [attuale art. 20 c.p.]; l'art. 8, co. 4, c.p., non può applicarsi» (trad. nostra), GIMBERNAT ORDEIG, *El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad*, in *Estudios de Derecho penal*³, 1990, pp. 221-222, nota 15.

mente. Il criterio interpretativo può essere rintracciato nell'art. 35 *StGB* che individua una categoria di persone determinate.

Ne consegue che nessun terzo può subentrare nella posizione dell'autore coinvolto nel conflitto. Si tratta di due stati di necessità soggettivi valutati alla luce del principio di uguaglianza, non di un confronto tra un caso di stato di necessità ed un'ipotesi di legittima difesa, dimodoché nessun terzo - nemmeno lo Stato - può scegliere la vittima preferita. L'intervento di terzi è circoscritto alla possibilità di miglioramento della situazione di necessità nel suo insieme (per esempio, laddove si eviti la stessa situazione di necessità). Fatto salvo quanto si dirà nell'ultimo paragrafo di questo lavoro, qualsiasi criterio di individuazione della vittima, anche il favoreggiamento materiale di una delle parti, deve essere vietato, poiché se il legislatore si astiene dall'effettuare questa valutazione, lo stesso deve fare il singolo³⁰.

6 Lo stato di necessità 'esistenziale' oggettivo

È molto importante sottolineare che lo stato di necessità soggettivo non risolve tutti i problemi penali che può presentare un'ipotesi di conflitto tra i beni giuridici della vita. Se si costruisce la causa di giustificazione limitandone l'ambito soggettivo di applicazione, ne restano esclusi i terzi esterni al conflitto. Ciò su cui occorre interrogarsi è se esistano casi nei quali il diritto penale preferisce che la bilancia si inclini in un senso specifico. Per esempio, anticipare la morte sicura di una persona per salvarne un'altra o sacrificare una persona per salvarne mille altre. Se la risposta è affermativa, cosa succede quando la persona o le persone che possono giovare di tale scelta non possono agire direttamente? L'unica risposta possibile è che possano essere protette da un terzo e questo ci impone di affermare

30 Per maggiori dettagli si veda SÁNCHEZ DAFUAUE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, pp. 344-360. Bisogna ricordare che qui non si parla di un intervento volto a salvare genericamente una vita ma di uno specifico intervento *omicida* che consiste nell'uccidere uno dei contendenti per salvare l'altro. Pertanto, non bisogna confondere il caso di chi sceglie e salva, per esempio, uno dei due naufraghi che stanno per andare a fondo, dall'altro caso, l'unico che a noi interessa, nel quale un terzo uccide un naufrago per salvarne un altro. Nel primo di questi due casi (quando un terzo può salvare uno dei soggetti implicati e lo fa a scapito dell'altro), finanche lo stesso Roxin, che sostiene l'impossibilità di bilanciare il bene giuridico della vita umana, ritiene che, data un'interferenza di doveri nei confronti di tali beni, non può effettuarsi *ex ante* una ponderazione della quantità o della qualità dei beni in conflitto. Di modo che, se in un naufrago «un soggetto nuotando in una direzione potrebbe evitare che affoghi una persona, mentre se si dirigesse verso il lato opposto potrebbe salvare due persone, sarà in ogni caso giustificata la sua condotta anche se salva la vita della persona che stava da sola» (trad. nostra), Roxin, *PG*, 2a trad., 1997, 16/109, p. 729; Idem, *AT I*⁴, 2006, 16/124, p. 782 (corsivi aggiunti).

che anche lo stato di necessità di un terzo rientra nelle ipotesi c.d. di 'conflitti esistenziali'. In altri termini, si deve concludere che esistono conflitti tra i beni giuridici della vita con una soluzione oggettiva il cui fondamento, quindi, non è rinvenibile nell'inesigibilità di una condotta diversa.

Si tratta dunque di uno stato di necessità 'esistenziale' nel quale l'autore non agisce per salvare la sua vita o la vita di una persona cara ma quella di persone terze. Questa condotta, in linea con quanto detto finora, non può essere sussunta nell'art. 20, co. 6, c.p. perché il soggetto non è personalmente coinvolto nel conflitto né, di conseguenza, vi è alcun interesse soggettivo (ma oggettivo) degno di protezione. La sua collocazione naturale è, quindi, nell'art. 20, co. 5, c.p. A questo punto, le domande alle quali bisogna rispondere sono principalmente due:

- d. Vi è un ambito di non punibilità di alcune di queste condotte?
- e. Se esiste, qual è la sua collocazione sistematica e quali sono i suoi limiti?

7 Il bilanciamento tra i beni giuridici della vita

Il dogma dell'impossibilità di bilanciare il bene della vita umana non è mai stato portato alle sue estreme conseguenze. La soluzione prevalentemente adottata nella risoluzione di casi come la separazione di fratelli siamesi o l'abbattimento di un aereo sequestrato suole essere l'accettazione di una scusante legale o ultra-legale. Il valore assoluto della vita umana serve ad affermare l'antigiuridicità della condotta con la quale un soggetto salva la propria vita a scapito di un'altra, però non esclude la possibilità che l'autore resti impunito. Questa soluzione, ad ogni modo, non è tecnicamente soddisfacente.

Per l'analisi di questo problema ci serviremo di un caso pratico: il sequestro di un aereo di passeggeri utilizzato come missile contro la popolazione civile (per esempio, contro uno stadio di calcio pieno di gente o contro una centrale nucleare).

L'abbattimento di un aereo di passeggeri sequestrato rientra in un'ipotesi di legittima difesa per quanto riguarda i sequestratori ma non per quanto riguarda i sequestrati. Affinché tale condotta vada esente da pena deve individuarsi, come è ovvio, una ragione per l'impunità. Le alternative offerte dalla dottrina sono molto varie. Farò un rapido riferimento a due di queste, senza dimenticare che il nostro obiettivo principale è lo studio dello stato di necessità.

In primo luogo, si può pensare che manchi a monte la stessa imputabilità oggettiva dell'evento. Si può affermare che nella misura in cui i passeggeri sono irrimediabilmente chiamati a morire, l'abbattimento dell'aereo non costituisca nemmeno una fattispecie tipica di omicidio dal punto di vista oggettivo. Cosicché se si presenta la

possibilità che l'intervento dello Stato prolunghi la vita dei passeggeri - posticipando l'impatto - e che non si modifichi il rischio creato dai sequestratori con un rischio diverso, ma ci si limiti solo ad orientare l'inevitabile collisione verso una zona spopolata, si può parlare di un'assenza di imputazione oggettiva. In qualsiasi altro caso restano valide le parole di Roxin: «il tempo di vita che resta ai passeggeri sarà accorciato da un omicidio dello Stato»³¹.

In secondo luogo, occorre rivolgersi al concetto di 'condivisione del pericolo' che costituisce una causa di giustificazione, soluzione sostenuta da autori come Robles Planas o Martínez Cantón³². Questa è forse la soluzione più facile in quanto si fonda sull'assunto che i passeggeri moriranno in ogni caso, cosicché quantomeno si riduce il numero di vittime (solo i passeggeri, e non i passeggeri e le persone a terra). Ciononostante, bisogna considerare due problematiche: 1) Non vi rientrano i casi nei quali il conseguimento del fine degli aggressori non comprometterebbe la vita dei passeggeri (per esempio, se i sequestratori non sono suicidi). 2) Se la circostanza che la morte dei passeggeri venga solo anticipata, poiché sarebbe comunque avvenuta, permette di *giustificare* l'intervento di terzi, ne consegue che si finisce per accettare il minor valore della vita 'a termine'.

Robles Planas ha voluto aggirare questa seconda conclusione affermando che, nei casi di 'condivisione del pericolo' che ha ad oggetto i beni giuridici della vita, concorre una situazione di contrasto oggettivamente irrisolvibile dato che nessun bene ha un rango superiore rispetto all'altro³³. Ciononostante, questo Autore ritiene che un terzo o lo Stato possano intervenire in «quei casi di conflitto nei quali nessuna delle due parti può concretamente salvarsi e nei quali l'unica possibilità di salvezza (di una di queste) è assicurata dall'intervento di un terzo o dello Stato. Nei suddetti casi, l'intervento non può costituire rispetto alla parte sacrificata un reato. Un altro esempio è rappresentato dal caso in cui un agente di polizia dovesse tagliare la corda per salvare un alpinista che è trascinato nel vuoto da un altro, anticipando di qualche secondo la morte del secondo»³⁴.

31 Cfr. ROXIN, *Der Abschuss gekapertter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (ZIS), n. 6/2011, pp. 555-556.

32 Vd. MARTÍNEZ CANTÓN, *Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros desde la perspectiva del estado de necesidad*, in *Derecho penal del Estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, 2010, pp. 445-484; ROBLES PLANAS, *En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos*, in *Derecho penal del Estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, 2010, pp. 485-513.

33 Cfr. ROBLES PLANAS, *op. cit.*, p. 508.

34 Cfr. ROBLES PLANAS, *op. cit.*, pp. 510-511.

Con quest'ultima affermazione, però, l'Autore entra in contraddizione con la sua tesi precedente, secondo la quale il conflitto si pone tra beni giuridici di ugual valore. La ragione per la quale lo Stato può intervenire in questo caso è che alcuni secondi di una vita valgono meno di una vita intera. Una situazione apparentemente irrisolvibile si risolve grazie al carattere irreversibile della morte di uno dei due alpinisti. Non bisogna dimenticare che se non si accetta la possibilità della prevalenza del bene della vita dell'alpinista che si salverà, l'agente di polizia avrà la facoltà di ucciderlo - se sta per anticipare la morte dell'altro di qualche secondo - proprio in difesa dei secondi di vita che restano all'alpinista il cui destino è segnato³⁵.

La Corte costituzionale federale tedesca (*BVerfG*) nella sentenza del 15 febbraio 2006 (*BVerfGE 1 BvR 357/05*) ha dichiarato incostituzionale l'articolo della legge di «Sicurezza Aerea» (*Luftverkehrsgesetz*) dell'11 gennaio 2005 che permetteva di abbattere aerei

35 Per i casi di 'condivisione del pericolo', si veda MUÑOZ CONDE, *Estado de necesidad y tortura. Necesitas non habet legem?*, in *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, a cura di Silva Sánchez, Queralt Jiménez, Corcoy Bidasolo, Castiñeira Palou, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 770-77; l'Autore afferma che «quando la morte dei due soggetti coinvolti è sicura se la situazione resta invariata, il diritto non può proibire che si cerchi almeno di salvare uno dei due» (trad. nostra). Si veda anche WILENMANN, secondo il quale «la richiesta di riconoscere una causa di giustificazione nei casi di stato di necessità 'tragico' non può essere analizzata all'interno delle tradizionali categorie sistematiche del diritto penale, trattandosi di un dibattito circa l'opportunità che la comunità politica riconosca apertamente l'esistenza di deroghe al sistema di limitazioni in principio assolute» (trad. nostra). Una possibile soluzione «è certamente quella di lasciare alla configurazione preesistente la scelta di chi viva e di chi muoia; lo stesso risultato può essere ottenuto, indubbiamente, utilizzando le categorie di norme che attribuiscono la responsabilità penale e, allo stesso tempo, evitano le conseguenze che deriverebbero dalla stessa responsabilità mediante il riconoscimento di scusanti o di cause di giustificazione eccezionali» (trad. nostra). È possibile ritenere che la condotta omicida nei casi di 'condivisione asimmetrica del pericolo' sia moralmente giustificata: è ragionevole ritenere che istituti che si fondano su regole deontologiche si possano limitare quando le conseguenze che deriverebbero dal preservarne le regole sono inaccettabili. Il riconoscimento giuridico-positivo di queste regole può essere visto, al contrario, come istituzionalmente inadeguato. La stessa configurazione dei casi di 'condivisione asimmetrica del pericolo' (stato di necessità 'tragico') costituisce un caso estremo rispetto al quale le regole ordinarie risultano inadeguate» (trad. nostra). WILENMANN, *InDret Penal*, Barcelona, 1/2016, pp. 43-46; si veda anche Idem, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Madrid, 2017, 663-671. Queste difficoltà sistematiche generate dalle situazioni tragiche di 'condivisione del pericolo' o di stato di necessità erano già state sottolineate da Quintero Olivares, secondo il quale visto che la «tensione tra il giusto e l'ingiusto è 'imprevedibile' sul piano politico-criminale; in nessuno dei due casi si può applicare la pena. Alcune condotte che il diritto non punisce sono lecite o giustificabili, altre non lo sono ma non sono nemmeno 'antigiuridiche', bensì per la loro anormalità non possono essere qualificate. Tutt'al più diremmo che, non presentando un disvalore sociale né formale, non rientrano nel concetto di 'antigiuridicità', senza pretendere di emettere un giudizio assoluto sulla 'liceità dell'atto'» (trad. nostra). QUINTERO OLIVARES, *Locos y culpables*, Pamplona, 1999, p. 258. Si veda anche, QUINTERO OLIVARES, *Las decisiones extremas ante el Derecho penal*, in *Aviones usados como bombas. Problemas políticos y constitucionales en la lucha contra el terrorismo*, a cura di Saucá Cano, Madrid, 2015, pp. 124-158.

sequestrati da terroristi con a bordo persone innocenti. Si è così affermato che l'autorizzazione alle forze armate, ai sensi dell'art. 14, co. 3 della legge sulla «Sicurezza Aerea», di abbattere un aereo mediante l'uso diretto di armi che compromettano la vita di esseri umani è incompatibile con il diritto alla vita e alla dignità umana, sempre che nell'aereo vi siano persone che siano estranee ai fatti. Fra le argomentazioni portate a sostegno se ne distinguono due: a) è proibito qualsiasi uso dell'uomo da parte del potere pubblico che disconosca il valore che corrisponde *ex se* ad ogni essere umano (par. 121); b) gli innocenti che viaggiano nell'aereo non possono essere considerati come parte dello stesso. Questa concezione che converte le vittime in cose è incompatibile con l'idea costituzionale della persona umana e con quella della sua libera autodeterminazione (par. 134). Inoltre, la certezza di una morte non può giustificare l'omicidio di innocenti perché la tutela costituzionale assicurata alla vita umana e alla dignità della persona non dipende dalla durata dell'esistenza fisica dell'individuo (par. 132)³⁶. Tuttavia, la Corte lascia aperta la valutazione circa il rilievo giuridico-penale del fatto. Non giudica l'eventuale responsabilità penale di coloro i quali abbattano l'aeromobile o ordinino il suo abbattimento (par. 130)³⁷.

Con quest'ultima affermazione, la Corte ha generato considerevoli problematiche dottrinarie. Bisogna dire che in Germania l'applicazione delle scusanti richiede, per espressa previsione legislativa, l'appartenenza ad una categoria di persone determinate. L'ipotetica impunità della condotta di abbattimento di un aereo sequestrato deve, quindi, essere valutata sul terreno scivoloso delle scusanti ultra-legali; ancor più rischioso se si considera che il termine di paragone per ricavare la *ratio* di questa ipotetica scusante ultra-legale può essere rinvenuto solo nelle scusanti legali che, come si è appena visto, richiedono che l'autore appartenga ad una categoria di persone determinate.

36 In tal modo si esclude espressamente la possibilità di riconoscere come lecita la condotta volta a salvare una vita nei casi di 'condivisione asimmetrica del pericolo'.

37 «Dabei ist hier nicht zu entscheiden, wie ein gleichwohl vorgenommener Abschuss und eine auf ihn bezogene Anordnung strafrechtlich zu beurteilen wären» (Non si decide in questo contesto come sarebbero giudicati penalmente un effettivo abbattimento e l'ordine che lo prescrive) (trad. nostra). Quest'omissione è stata interpretata come un'allusione ad una scusante penale. La stessa sentenza effettua, tra l'altro, un riferimento al paragrafo che Roxin dedica nel suo *Tratado* alla 'condivisione del pericolo' come scusante ultra-legale. Tra le diverse statuizioni della sentenza, si distingue la seguente (par. 135): «Der Gedanke, der Einzelne sei im Interesse des Staatsganzen notfalls verpflichtet, sein Leben aufzuopfern [...] führt ebenfalls zu keinem anderen Ergebnis». (L'idea che un individuo debba sacrificare la sua vita in una situazione di necessità in favore degli interessi dello Stato non porta ad un risultato diverso [ossia, non modifica l'incostituzionalità del precetto]). Non bisogna dimenticare che ciò deve essere compatibile con un ordinamento che prevede l'antigiuridicità di tutte le condotte inespugnabili finalizzate a salvare la propria vita, cioè, con l'accettazione di un mero stato di necessità scusante in caso di conflitto 'esistenziale' soggettivo.

In tal senso Hirsch afferma con acume che, a prima vista, «la questione della legittimità dell'abbattimento non sembra essere di primaria importanza per il diritto penale. Anche quando se ne neghi la liceità, la valutazione circa la punibilità resterà aperta, dato che potrebbe esistere una scusante [...]. Secondo l'orientamento maggioritario, si tratterebbe oggettivamente di uno stato di necessità scusante. Questo, senza dubbio, potrebbe ricostruirsi solo come categoria ultra-legale secondo il diritto penale tedesco perché lo stato di necessità scusante regolato nel par. 35 *StGB* ha come presupposto che chi agisce in stato di necessità lo faccia per salvare da un pericolo sé stesso o una persona che gli sia cara. Di conseguenza, chi ordina l'abbattimento non potrebbe essere sicuro che gli venga riconosciuta la non punibilità»³⁸.

Ciononostante, affermare che, dato che vi sono altri espedienti per conseguire l'impunità, la legittimità dell'abbattimento non è un problema di prim'ordine per il diritto penale - e che, se lo fosse, chi lo ordina non potrebbe essere totalmente sicuro della sua impunità - in ragione della dichiarazione di incostituzionalità della norma che lo permetteva, equivale ad affermare che basta una dichiarazione costituzionale di ciò che è lecito o illecito perché dopo qualcuno - si potrebbe dire: per esigenze date dal 'principio di realtà' - si sporchi le mani abbattendo l'aereo. Tutto ciò senza che tale condotta possa dirsi realizzata in nome dello Stato e sebbene sia lo Stato quello che fornisce l'infrastruttura necessaria ad un'ipotetica condotta anti-giuridica. Come segnala con chiarezza Hirsch, se la situazione prevista nel par. 14, co. 3, *LuftSiG*, dichiarato incostituzionale, avvenisse nella realtà, o i responsabili di un ipotetico abbattimento devono considerarsi al di sopra del *BVerfG* e quindi potrebbero abbattere l'aereo, ovvero devono lasciare che le cose seguano il loro corso rimettendosi alla sentenza. Se dovessero seguire la prima strada, le statuizioni dell'autorità giudiziaria sarebbero irrimediabilmente violate; se, invece, seguissero la seconda, i responsabili e i giudici costituzionali sarebbero messi alla gogna dall'opinione pubblica e probabilmente le autorità competenti si confronterebbero con l'opportunità - di omettere - di procedere penalmente. Inoltre, in seguito all'abrogazione del par. 14, co. 3, *LuftSiG*, non si può più ricorrere al par. 34 *StGB* come *lex generalis* poiché la decisione del *BVerfG* vincola gli organi costituzionali, i tribunali e le autorità con riguardo al contenuto della sentenza e alle ragioni sulle quali si fonda³⁹.

38 HIRSCH, *El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana*, in *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid, 2008, p. 1014, traduzione a cura di Demetrio Crespo.

39 Cfr. HIRSCH, *op. cit.*, pp. 1026-1027.

Detto questo, affinché l'abbattimento dell'aereo sequestrato infligga un danno permanente all'autorità del Tribunale costituzionale federale, è *imprescindibile accettare implicitamente l'impunità degli autori della condotta*. Viceversa, se sono giudicati e condannati, l'autorità del Tribunale si *rafforza* poiché si agisce contro gli assassini che hanno violato la dignità umana protetta dalla sentenza che abroga il par. 14, co. 3, *LuftSiG*. Di conseguenza, ciò che limita l'autorità del Tribunale è la certezza che, malgrado la vincolatività della sua affermazione, l'abbattimento di un aereo sequestrato che minacci di provocare una strage *resterà impunito*. In altri termini, *la costruzione di un sistema etico a parole e di uno diverso in fatto*.

Bisogna considerare, inoltre, che se l'abbattimento dell'aeromobile viene qualificato come una condotta vietata, lo Stato avrà investito centinaia di migliaia di euro per la preparazione di omicidi penalmente antiggiuridici (poiché esiste un dispositivo specifico a tal fine perlomeno, con totale certezza, in Spagna; un dispositivo il cui protocollo di azione include, come ultima risorsa, l'abbattimento dell'aereo)⁴⁰.

Inoltre, se l'abbattimento dell'aereo è considerato una condotta antiggiuridica, ciò significa che può anche essere respinto in legittima difesa, per esempio, da un secondo caccia che agisca in maniera libera e spontanea (e che si lanci dietro il primo che ha ricevuto l'ordine antiggiuridico). Allo stesso modo, una concezione della scusante che richieda un coinvolgimento personale nel conflitto obbliga a scusare solo il pilota che abbatte l'aeromobile quando vi è il pericolo che questo impatti la terra dove vi è un parente o una persona vicina.

Per risolvere questi casi è necessario relativizzare il tabù dell'impossibilità di giustificare l'omicidio di un innocente e convertirlo in un principio generale (aperto ad eccezioni). Questo principio sarà esposto al bilanciamento con altri principi di pari rango. Nel caso dell'abbattimento di un aereo sequestrato, il principio che entra in contrasto con la mancata giustificazione dell'omicidio di un innocente è quello della 'prevenzione delle stragi'. Tale principio costituisce anche un precipitato storico che riveste un ruolo di preminente importanza tra le regole essenziali della convivenza sociale.

In ogni caso, si deve ritenere che l'abbattimento dell'aereo sequestrato sia una condotta giustificata. Si può anche pensare che rappresenti l'adempimento di un dovere, fondato su un bilanciamento favorevole, poiché non sembra adeguato che la decisione di abbattere o meno l'aereo - date determinate condizioni - sia una prerogativa esclusiva del Ministro della Difesa.

Nell'opinione di Silva Sánchez, in questi casi, «se si tiene in conto che lo Stato riveste una posizione di garanzia sia rispetto ai pas-

40 Per maggiori dettagli, si veda SÁNCHEZ DAFUAUE, *El abatimiento de un avión secuestrado*, in *InDret Penal*, Barcellona, 4/2014, pp. 20-22.

seggeri dell'aereo, sia rispetto alla popolazione civile coinvolta dal prevedibile impatto dell'aereo contro la città, pare si determini un contrasto tra un dovere di agire ed uno di astenersi. Un contrasto nel quale la gran parte della dottrina non riconosce la sussistenza di una causa di giustificazione nei confronti di chi determina l'abbattimento dell'aereo. In effetti, questa soluzione in termini di giustificazione della condotta potrebbe essere sostenuta solo nell'ambito di un'analisi consequenzialista, generalmente rifiutata dalla nostra tradizione»⁴¹. Ciononostante, Silva Sánchez sottolinea che, in alcune ipotesi estreme, si potrebbe individuare una causa di giustificazione concepita come 'stato di necessità dello Stato', «il sacrificio di vite di civili quale effetto collaterale dell'azione antiterrorista, quando si ritiene che vi sia in gioco l'esistenza stessa della comunità costituita in Stato»⁴².

Bisogna segnalare, tuttavia, che se l'abbattimento non è giustificato si tratterà di una condotta non dovuta e, come tale, se entra in contrasto con una condotta dovuta (ossia lasciare che l'aereo giunga al suo obiettivo), non può, per definizione, realizzarsi alcuno scontro di doveri, poiché non vi sono due doveri in gioco ma uno solo. Per affermare il contrasto tra due condotte dovute, l'abbattimento dell'aereo deve essere considerato una condotta giustificata: non può esservi uno scontro di doveri tra un dovere e un divieto. Inoltre, la scusante non è una forma di soluzione istituzionale dei conflitti poiché, usando le parole dell'Autore stesso, «gli organi dello Stato non hanno il dovere di tollerare condotte semplicemente scusate»⁴³. Nel nostro esempio, il Ministro della Difesa non può avere al contempo il dovere di abbattere l'aereo e il dovere di non abbatterlo. Per quanto complessa sia la peculiare situazione descritta, la norma prescrittiva non può bloccare il soggetto coinvolto con un messaggio contraddittorio⁴⁴.

⁴¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Asesinatos selectivos en la 'guerra punitiva' contra el terrorismo*, in *InDret Penal*, Barcellona, 1/2017, p. 15.

⁴² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Asesinatos selectivos en la 'guerra punitiva' contra el terrorismo*, 2017, pp. 15-16.

⁴³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia*, in *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, 2005, p. 1008, nota 4.

⁴⁴ Roxin ritiene che il contrasto tra obblighi giuridici possa realizzarsi solo laddove vi siano due doveri giuridici di agire, poiché, tutto ciò che lede un bene giuridico altrui - fatto salvo il caso in cui vi sia una causa di giustificazione - viola un dovere di omissione; gli altri casi non richiedono una disciplina speciale diversa dallo stato di necessità in senso stretto. Dati due (o più) obblighi giuridici di agire, qualora se ne possa osservare uno soltanto, la soluzione materialmente adeguata, che tra l'altro coincide con l'opinione dominante, è di giustificare il soggetto obbligato già nel caso in cui adempia ad uno solo degli obblighi a sua scelta. Viceversa, quando gli obblighi giuridici sono di rango diverso, vi sarà giustificazione solo se si adempie l'obbligo di rango superiore a scapito di quello inferiore, ROXIN, *PG*, 2a trad., 1997, 16/102-107, pp. 725-728; *Idem*, *AT I*, 2006, 16/117-122, pp. 779-781. Inoltre «per poter giudicare una condotta come anti-giuridica, deve essere esistita almeno teoricamente una condotta alternativa confor-

Se si considera l'abbattimento come una condotta antigiuridica, se di fatto si realizza, si tratterà di una 'condotta collettiva illecita', supportata dallo Stato. Quest'ultimo ha l'obbligo di garantire tutti i servizi pubblici e nel nostro caso, e per chiunque sostenga che l'abbattimento è una condotta vietata, questo servizio pubblico consiste nel non abbattere l'aereo. A tal fine, è necessario individuare i soggetti deputati a garantire questa funzione dello Stato, ossia è necessario individuare tutta la catena di comando che garantisce che non vi sarà nessuno che, per esempio, per ragioni di coscienza, tenti di abbattere l'aereo, nonostante potrebbe rappresentare l'unico modo di evitare qualsiasi risultato voluto dai sequestratori.

Di fronte a quanto detto vi è una sola soluzione perseguibile: giustificare l'abbattimento.

Per concludere il paragrafo dedicato allo stato di necessità 'esistenziale' oggettivo, si possono effettuare le seguenti affermazioni:

- a. È da condividere l'opinione di Roxin secondo cui «il trasferimento dei pericoli sugli altri è sempre possibile ed il fatto di tollerarlo come causa di esclusione della responsabilità dovrebbe scuotere in maniera insopportabile il sentimento di sicurezza giuridica della collettività»⁴⁵. Per questa ragione, nel presente lavoro si limita la causa di giustificazione ai soli terzi coinvolti nella 'prevenzione di stragi' o nei casi di anticipazione di una morte certa quando vi è una 'condivisione del pericolo' (lasciando aperto il problema della selezione della vittima nelle ipotesi 'di condivisione di pericolo' simmetrica)⁴⁶.

me al diritto. L'ordinamento giuridico può disapprovare giuridicamente e qualificare come scorretta una condotta, solo se è in grado di stabilire cosa è corretto e, di conseguenza, cosa si sarebbe 'dovuto fare'» (trad. nostra), ROXIN, *PG*, 2a trad., 1997, 16/104, pp. 726-727; Idem, *AT I*, 2006, 16/119, p. 780. Cuerda Riezu ritiene che, affinché i doveri entrino in conflitto, almeno uno di essi deve imporre un *facere*, poiché da due doveri di omissione non può originare nessun conflitto, CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho penal*, Madrid, 1984, pp. 83-84. Per quest'Autore, il conflitto tra doveri racchiude i contrasti tra doveri penalmente rilevanti. Non si può salvaguardare un interesse maggiore se il dovere osservato ha natura extra-penale, dato che è rimessa al diritto penale la tutela di beni giuridici di particolare importanza. Il rispetto di un dovere giustifica l'inottemperanza ad un dovere penalmente rilevante affinché si possa adempiere ad un dovere extra-penale contrapposto. «Altrimenti bisognerebbe giungere alla conclusione che l'esimente dell'adempimento di un dovere risulti superflua poiché tutto il suo ambito di applicazione sarebbe assorbito dallo stato di necessità nell'ipotesi di contrasto tra doveri» (trad. nostra), CUERDA RIEZU, *op. cit.*, pp. 254-255. Una terza alternativa è proposta da Mir Puig, il quale sostiene che la formula *lesione di un bene giuridico di un terzo o violazione di un dovere* (art. 20, co. 5, c.p.) permetta di risolvere tutti i possibili casi di conflitti tra doveri: conflitti tra doveri di agire, di omettere o misti, MIR PUIG, *PG*, 10a ed., 2016, 17/55-59, pp. 476-477.

⁴⁵ Cfr. Roxin, *PG*, (2ª trad.), 1997, 22/154, p. 967; Idem, *AT I*, ed. 4ª, 22/163, p. 1032.

⁴⁶ Quando vi è una procedura regolamentata per la risoluzione di un conflitto, come di fatto esiste nel caso degli aerei sequestrati, è corretto considerare la soluzione istituzionale come un'attività penalmente giustificata. Solo così, per esempio, possono la-

- b. L'art. 20, co. 5, c.p. disciplina i casi di conflitto 'esistenziale' oggettivo. Si tratta dei casi nei quali la possibilità di escludere la realizzazione del male maggiore permette l'intervento giustificato di terzi.
- c. Nella misura in cui si tratta di una causa di giustificazione oggettiva, qualsiasi terzo può essere autore o partecipe nel fatto giustificato.
- d. Vi sono due classi di stato di necessità 'esistenziale': quello soggettivo, sussumibile nell'art. 20, co. 6, c.p. e quello oggettivo, sussumibile nell'art. 20, co. 5, c.p..
- e. Entrambe le ipotesi di stato di necessità giustificato possono confliggere ovvero applicarsi ad un medesimo caso specifico. In quest'ultima ipotesi, il regime più favorevole per gli autori ed i partecipi nello stato di necessità oggettivo fa propendere per la sua applicazione in via preferenziale⁴⁷.

8 Questioni aperte

Concludo questo lavoro con un breve riferimento ad alcune questioni che restano aperte:

Il valore assoluto dell'inesigibilità. Non sottovalutiamo il fatto che la negazione dei valori assoluti (in particolare, la protezione penale della vita umana) è asseribile anche nei casi della stessa inesigibilità come fondamento della giustificazione penale. Infatti Silva Sánchez considera complesso ritrovare il fondamento della non punibilità nel caso in cui «l'autore per salvarsi uccida tremila persone (o tre milioni di persone)»⁴⁸. Questo dubbio sul valore assoluto dell'inesigibilità

vorare tranquillamente per 15 ore i 20 professionisti - chirurghi, pediatri, neurologi e anestetisti - necessari per salvare la vita di uno dei due fratelli siamesi uniti dal tronco. Peñaranda Ramos include tra le ipotesi nelle quali l'omicidio può essere giustificato, quelle di separazione chirurgica di fratelli siamesi; ed anche, eventualmente, il caso molto dibattuto dell'abbattimento di un aereo sequestrato dai terroristi, PEÑARANDA RAMOS, *Memento Penal 2017*, a cura di Molina Fernández, Lefebvre, 2016, margina-
le 6970. Per quanto riguarda lo studio delle relazioni tra traffico di organi e sistema di trapianti, si veda Cancio Meliá, *Tráfico de órganos y Derecho penal: los límites de la globalización. Reflexiones desde la perspectiva española*, in *Revista Electrónica De Derecho Penal e Política Criminal - UFRGS*, vol. 5, n. 1, 2017, pp. 1-15.

⁴⁷ Si veda SÁNCHEZ DAFUACE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, Valencia, 2016, pp. 316-343.

⁴⁸ Si veda SILVA SÁNCHEZ, *Aspectos de la discusión alemana sobre el estado de necesidad disculpante: una observación*, in *Estudios de Derecho penal en memoria del Profesor Juan Bustos Ramírez*, a cura di Hormazábal Malarée, Città del Messico, 2011, p. 231, nota 68. HIRSCH, *El Derecho penal y el ámbito libre de regulación jurídica*, in *Derecho penal. Obras completas. Tomo I*, Buenos Aires-Santa Fe, 1999, pp. 99 ss., traduzione a cura di Patricia Ziffer; l'Autore ritiene che sia possibile il bilanciamento tra beni

tà (o della tolleranza, per usare le parole di Silva Sánchez) è esattamente il caso contrario a quello della 'prevenzione di una strage': si può uccidere – lecitamente – un innocente per salvare la vita di tremila o tre milioni di persone?

Un altro possibile limite al valore assoluto dell'inesigibilità è dato dall'ipotesi in cui vi sia un contrasto con una procedura regolamentata di risoluzione dei conflitti, per esempio, nei casi di trapianti o di urgenze mediche. Quindi la domanda è la seguente: l'inesigibilità viene meno quando la morte è imminente o rimane in vigore nei confronti del soggetto svantaggiato?⁴⁹

giuridici personali. In deroga a quanto precede, non bisogna dimenticare che il par. 35 *StGB* accorda lo stesso trattamento – l'impunità – a condotte che, se considerate punibili, condurrebbero a pene differenti. Ciò basta per affermare che all'interno della categoria dell'inesigibilità vi siano beni giuridici differenti mentre non è sufficiente ad affermare che questi ultimi condizionino l'ambito dell'inesigibilità.

49 Distinguiamo due tipi di stato di necessità esistenziale. Tali modelli funzionano come due livelli nella soluzione di un caso: solo se il primo viene meno, si passa al secondo. Il primo è lo stato di necessità oggettivo. È oggettivo perché si fonda sull'esistenza di un bilanciamento favorevole, cosicché questo bilanciamento permette l'intervento giustificato anche di terzi esterni al conflitto. Si includono in questa categoria, come eccezioni al dogma dell'impossibilità di bilanciare il bene giuridico della vita umana, i casi di 'condivisione del pericolo' (anche quella simmetrica, sebbene con la difficoltà di selezionare la vittima) ed i casi estremi come la prevenzione delle stragi. Il secondo è lo stato di necessità soggettivo. È soggettivo perché manca di un bilanciamento favorevole e si basa, esclusivamente, sulla non esigibilità di una condotta diversa. La partecipazione di terzi è vietata, salvo quelli inclusi nella categoria di persone individuate (le ragioni per le quali l'inesigibilità giustifica l'azione tipica sono state espresse precedentemente). Si giunge al secondo livello solo quando il primo risulti insufficiente per assenza di un bilanciamento favorevole. Ciononostante, nel secondo livello è necessario sollevare la questione dell'esigibilità o dell'inesigibilità della condotta volta a salvare la propria vita. Così, per esempio, un naufrago può, senza essere assoggettato a pena, ucciderne un altro, innocente, per salvare la propria vita (a nostro avviso, si realizza uno stato di necessità soggettivo, non oggettivo). Ciò è unanimemente accettato. Allo stesso modo, non si è soliti porre in dubbio che, se necessario, egli può anche – senza essere assoggettato a pena – ucciderne due. In tal caso è più complesso fondare la non punibilità sul bilanciamento dei beni posti a confronto: bisogna servirsi del bene sotteso alla condotta volta a salvare la propria vita (almeno al fine di riconoscere l'impunità, ossia, per limitare l'ambito della risposta penale coercitiva). Una volta arrivati a questo punto, restano in piedi i limiti della stessa inesigibilità. In altre parole, la possibile individuazione di un gruppo di casi, di stato di necessità 'esistenziale', nei quali l'inesigibilità decada. Abbiamo selezionato, finora, due casi: il caso in cui vi sia un'estrema sproporzione tra i beni (per esempio, uccidere un milione di persone per salvare la propria vita) e i casi in cui vi sia una procedura regolamentata di risoluzione (per esempio, i trapianti). Qui, di conseguenza, quello che solleviamo non è un problema di bilanciamento (già risolto come sfavorevole) ma il problema specifico dei limiti dell'inesigibilità, cioè, la delimitazione di quei casi, se esistenti, nei quali il bilanciamento sfavorevole, per qualche ragione particolare (l'estrema sproporzione o l'esistenza di un sistema organizzato per la risoluzione del conflitto), conduce direttamente alla pena. Come esempio, si prenda l'opinione di Jakobs il quale ritiene che i passeggeri di un aereo sequestrato, siano esclusi dalla categoria dei soggetti di diritto (in altre parole potremmo dire: vittime di una condotta giustificata), cosicché l'autore possa considerarsi non punibile *ex par. 35 StGB*, Jakobs, *Kaschierte Ausnahme: übergesetzlicher entschuldigender Notstand*, in *Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag*.

Resta aperta la definizione della soglia minima per individuare il concetto di strage dal punto di vista normativo. Nel diritto penale internazionale, il numero di persone coinvolte è un elemento chiave per l'integrazione delle fattispecie di reati. Il numero di vittime è un elemento di fondamentale importanza affinché possa configurarsi un attacco generalizzato contro la popolazione civile, come previsto nella fattispecie tipica dei crimini contro l'umanità. Questo è stato espressamente riconosciuto dalla giurisprudenza del TPIY/TPIR; *ex pulirimis*, si vedano *Gotovina, Trial Chamber Judgment*, del 15 aprile 2011, paragrafo 1703; *Kordić and Čerkez, Appeal Judgement*, 17 dicembre 2004, paragrafi 94, 666; *Blaškić, Appeal Judgement*, del 29 luglio 2004, paragrafo 101; *Kunarac et al. Appeal Judgement*, del 12 giugno 2002, paragrafo 94; *Tadić, Trial Judgment*, dell'11 novembre 1999, paragrafo 648; TPIR, *Nahimana et al. Appeal Judgement*, del 28 novembre 2007, paragrafo 920. Inoltre, la giurisprudenza della Corte Penale Internazionale ha affermato che il termine «generalizzato» implica «un attacco su grande scala che deve essere massivo e tendenzialmente portato a termine in maniera collettiva, caratterizzandosi per una considerevole serietà e diretto contro una molteplicità di vittime. Deve, quindi, concretizzarsi in un attacco eseguito contro un'area geografica estesa ovvero in un attacco ad un'area geografica ristretta ma diretto contro un gran numero di civili», in tal senso si è espressa la Corte nella decisione di 'conferma delle accuse' contro *Katanga* del 26 settembre 2008, paragrafi 395-398; decisione di 'conferma delle accuse' contro *Bemba Gombo* del 15 giugno 2009, paragrafo 83.

Spazio libero dal diritto e inclusione dello Stato nella categoria di soggetti che possono avvalersi dello stato di necessità soggettivo. Come si è già avuto modo di analizzare, la soluzione di Gimbernat Ordeig permette l'intervento giustificato di terzi, come autori o come partecipi, in un conflitto vita contro vita, come avviene per esempio nell'esperimento della tavola di Carneade, di modo che chiunque possa surrogarsi nella posizione di qualsiasi dei due interessati o agevolarne la condotta. Tale valutazione può estendersi anche a coloro che agi-

stag am 9.7.2010, Amelung, Günther, Kühne (Hrsg.), Kohlhammer, Stoccarda, 2010, pp. 217-218. «*Esclusi* significa che le persone sono escluse dall'ordinamento giuridico, private di diritti, congedate (*rectius* spinte) verso la libertà originaria in assenza di Stato» (trad. nostra). «Di sicuro, gli esclusi avranno *perso*, posto che difficilmente potrà mai avere esito positivo una difesa contro il loro sacrificio. Senza dubbio, non si può *proibire* la difesa dato che, a causa 'dell'esclusione', non esiste più nessun vincolo giuridico mediante il quale si possa *imporre un divieto*. Di conseguenza, il risultato sarà quello derivante *de facto* dai rapporti di forza» (trad. nostra), *Idem, Principios y límites de la justificación*, in *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 34, n.º 97, luglio-dicembre 2013, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 24, traduzione a cura di Pastor Muñoz (grassetti aggiunti).

scono in qualità di pubblici agenti, poiché non vi è una soluzione privilegiata del conflitto. Con la costruzione di un ambito soggettivo di applicazione questo problema si attenua, ma non si risolve. Si attenua perché possono intervenire nel conflitto coloro che sono coinvolti, ma non si risolve perché non essendoci una soluzione privilegiata, né un terzo né lo Stato possono risolvere il conflitto scegliendo una vittima. Ovviamente, chiunque può evitare che si realizzi lo stato di necessità se ne ha la capacità, ma non può sacrificare uno degli interessati. Questo problema si attenua se si consente l'intervento dello Stato o di terzi non soltanto nei casi della 'condivisione del pericolo', ma anche in quelli in cui è prevedibile la *trasformazione* dello stato di necessità in un'ipotesi di 'condivisione del pericolo'.

Deve comunque segnalarsi che anche la soluzione classica, data dalla teoria della differenziazione, non è priva di obiezioni a tal proposito. Infatti, se chiunque può agevolare o può surrogarsi nella posizione di una delle parti (che agisce in legittima difesa), in alcune ipotesi si finisce per affermare che chiunque possa, a sua volta, surrogarsi o agevolare anche chi pone in essere una condotta antigiusuridica perché sussumibile nello stato di necessità scusante (persino alcuni dei più convinti difensori della necessità di risolvere tale contrasto in sede di colpevolezza violano, in suddette ipotesi, anche se solo parzialmente, il principio di accessorietà limitata della partecipazione, scusando anche il partecipe)⁵⁰. Pertanto, sebbene non ci sia in senso stretto uno spazio libero dal diritto, quello che si realizza è uno spazio - maggiore rispetto a quello che si apre con la mia proposta - libero dall'intervento giuridico poiché prevede che i terzi possano agire in favore di qualsiasi persona coinvolta senza che la minaccia dell'applicazione di una pena.

Rischi futuri nello stato di necessità. Nei casi di pericolo per lo Stato o di pericolo per la sicurezza nazionale può essere molto utile l'idea di Molina Fernández che include, tra gli elementi del bilanciamento gli effetti diretti e indiretti che, sul lungo termine, il fatto potrebbe avere sulla struttura della società⁵¹. Ciononostante, tali effetti di lungo termine non possono consistere esclusivamente nella realizzazione della stessa condotta poiché se la condotta è giustificata, fatta eccezione per i già citati effetti di lungo termine, questa reiterazione non può essere un fattore di destabilizzazione sociale. Bisogna ipotizza-

50 Si vedano le citazioni critiche in GIMBERNAT ORDEIG, *El estado de necesidad: un problema de antijuricidad*, in *Estudios de Derecho penal*³, 1990, pp. 222-223. *Vid.*, anche, ROXIN, *PG*, 2a trad., 1997, 22/67, p. 926; AT I⁴, 2006, 22/67, p. 991. Altri riferimenti si ritrovano in SÁNCHEZ DAFÁUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, pp. 344 e ss.

51 Si veda Molina Fernández, *El estado de necesidad como ley general. (Aproximación a un sistema de causas de justificación)*, in *Revista de Derecho penal y Criminología*, n. extraordinario 1, UNED, marzo 2000, pp. 221-222.

re la realizzazione futura di (altre) condotte antiggiuridiche da parte dell'autore o di un terzo. Tuttavia, quest'ultima ipotesi potrebbe risolversi in una figura simile alla colpevolezza per la condotta (futura) di vita, in aperto contrasto con il principio di materialità. Invece, nel caso in cui tale divieto dovesse fondarsi sulla circostanza che la condotta del soggetto agente potrebbe rappresentare per i terzi un esempio, o un incentivo a commettere condotte antiggiuridiche, si finirebbe per punire il primo autore per un fatto altrui, in violazione del principio di personalità della responsabilità penale, ciò in quanto non bisogna dimenticare che se si nega la configurabilità dello stato di necessità in favore del primo soggetto significa che bisogna imporgli una pena come esempio per gli altri consociati, affinché questi non adottino una condotta differente (e più grave) di quella da lui realizzata. Per le ragioni su esposte, l'individuazione dell'elemento degli effetti a lungo termine della condotta sulla struttura sociale richiede una notevole precisione. Questa precisione può ritrovarsi adoperando i criteri d'imputazione oggettiva dei delitti dolosi commessi da terzi come l'inclinazione alla commissione di reati.

In conclusione, mi riferisco a un problema per il quale non intravediamo una soluzione diversa da quella affidata al mero caso: *la selezione della vittima nel caso di 'condivisione del pericolo' simmetrica*. Come già affermato, la 'condivisione del pericolo' permette di giustificare la condotta tipica per evitare un male maggiore; per esempio, per evitare la morte dei due fratelli siamesi uniti dal tronco e che condividono alcuni organi vitali. Se la 'condivisione del pericolo' è asimmetrica, la selezione è facile: muore colui che è segnato dal destino per tutelare la vita dell'altro soggetto coinvolto. Questa selezione della vittima è molto importante poiché, finché si tratta di uno stato di necessità oggettivo, chiunque può agire in favore del soggetto la cui sopravvivenza appare statisticamente più probabile; per esempio, tutta la squadra medica può agire, senza paura della minaccia di una sanzione penale, per salvare il gemello siamese che ha la maggiore probabilità di sopravvivere. Tuttavia, se entrambi i fratelli hanno, secondo tutti i referti medici, esattamente le stesse probabilità di sopravvivenza, questo significa che devono morire entrambi? E se la risposta è no, come si sceglie la vittima? Non mi riferisco al procedimento giudiziario o extragiudiziale (con parenti o senza parenti vicini) bensì al fondamento stesso di questa decisione.