

LUISS



Dipartimento di
Giurisprudenza

Cattedra di Penale 2

**IL “PRINCIPIO DI NON
CONTRADDIZIONE” NELLA FORMA
GIURIDICA DELLE SCRIMINANTI
NELL’ATTIVITÀ MEDICO-
PSICHIATRICA: LA
RESPONSABILITÀ PENALE DELLO
PSICHIATRA**

Maurizio Bellacosa

Prof.

RELATORE

Antonino Gullo

Prof.

CORRELATORE

143783 Cecilia De Luca

Matr.

CANDIDATO

Anno Accademico 2020/2021

INTRODUZIONE.....	1
--------------------------	----------

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO PLATONICO-ARISTOTELICO DI “NON CONTRADDIZIONE” COME FONDAMENTO DELL’ORDINAMENTO GIURIDICO

1. LA STRUTTURA DEL REATO SECONDO LA CONDIVISA CONCEZIONE TRIPARTITA: TIPICITÀ, ANTIGIURIDICITÀ E COLPEVOLEZZA.....	7
1.1 La tipicità.....	20
1.1.1 I reati di mera condotta ed i reati d’evento	23
1.1.2 I reati commissivi ed omissivi.....	26
1.1.3 I reati omissivi propri ed impropri.....	27
1.1.4 I reati commissivi mediante omissione.....	28
1.2 La colpevolezza: nozione in una prospettiva sistemica.....	36
1.2.1 Elemento costitutivo della struttura del reato.....	47
2. L’ANTIGIURIDICITÀ: CATEGORIA RICOSTRUITA ALLA LUCE DELL’INTERO DELL’ORDINAMENTO GIURIDICO.....	57
2.1 Fondamento e ratio delle cause di giustificazione.....	65
2.2 Il procedimento analogico applicato alle scriminanti.....	69
2.3 Gli effetti delle cause di giustificazione.....	72
2.4 Categorie analoghe.....	75
2.5 Disciplina generale	82
3. LE SCRIMINANTI ATIPICHE: COLLOCAZIONE SISTEMATICA ATTRAVERSO I CONTRIBUTI GIURISPRUDENZIALI E DOTTRINALI.....	91
3.1 Le scriminanti culturali.....	94
3.2 La scriminante sportiva.....	100
3.3 La scriminante dell’attività medica	102

CAPITOLO II

IL “CONSENSO” QUALE FONDAMENTO DEL RAPPORTO MEDICO-PAZIENTE

1. L’EVOLUZIONE DEL RAPPORTO MEDICO-PAZIENTE: INTRODUZIONE STORICA.....	107
--	-----

1.1	L'origine americana del consenso.....	110
1.2	L'approdo del consenso informato in Italia.....	115
2.	IL CONSENSO INFORMATO COME REGOLA DEL RAPPORTO MEDICO-PAZIENTE.....	120
2.1	Il consenso informato tra <i>lex artis</i> e causa di giustificazione.....	123
2.2	Il fondamento normativo del consenso informato.....	130
2.3	Il limite al consenso del paziente: il rifiuto del trattamento da parte del professionista tra dovere e facoltà.....	136
2.4	Le eccezioni alla regola del consenso del paziente.....	137
3.	IL CONSENSO INFORMATO COME CONQUISTA DI CULTURA E DI CIVILTÀ DEI VALORI DELLA PERSONA.....	145
3.1	I requisiti di validità dell'informazione e del consenso: introduzione.....	150
3.1.1	L'abilitazione del medico e del professionista sanitario.....	152
3.1.2	La titolarità dell'obbligo di informazione.....	153
3.1.3	La funzione del consenso in rapporto al <i>quantum</i> ed al <i>quomodo</i> dell'informazione.....	155
3.1.4	Il contenuto dell'informazione.....	158
3.1.5	Le modalità ed i tempi	163
3.1.6	La forma e la prova del consenso.....	166
3.1.7	L'identità tra intervento acconsentito ed intervento eseguito.....	168
3.1.8	La capacità legale.....	168
3.1.9	Il carattere personale del consenso.....	172
3.1.10	L'effettività del consenso informato.....	173
3.1.11	La revocabilità.....	176
3.1.12	L'attualità.....	177
3.1.13	La capacità naturale.....	183
4.	IL CONSENSO INFORMATO IN PSICHIATRIA: INTRODUZIONE.....	186
4.1	La tutela della libertà di autodeterminazione del malato di mente.....	189
4.2	Il trattamento sanitario obbligatorio del minorenne.....	194
4.3	Assenso o consenso in psichiatria?.....	194
4.4	Informazione e comunicazione in psichiatria.....	202
4.5	La scriminante del consenso negli accertamenti diagnostici.....	205
4.6	Il privilegio terapeutico.....	205
4.7	Il "contratto di Ulisse".....	207
4.8	Il ruolo della famiglia e dello psichiatra.....	208
4.9	Il consenso informato nell'amministrazione di sostegno.....	209
5.	CONFERME A LIVELLO GIURISPRUDENZIALE E NORMATIVO IN MATERIA DI "CONSENSO INFORMATO": IN PARTICOLARE, LA RECENTE ORDINANZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, N. 11112 del 2020 PER RESPONSABILITÀ CIVILE DEL MEDICO	215

CAPITOLO III

LA RESPONSABILITÀ PENALE NELL'ATTIVITÀ MEDICO-PSICHIATRICA

1. ESISTE LA NORMALITÀ?: RICOSTRUZIONE DEL SIGNIFICATO DI “MALATTIA” ATTRAVERSO LA CATEGORIA CONCETTUALE DELLA “NORMALITÀ”.....	221
2. DEFINIZIONE SOCIOLOGICA E TECNICO-SCIENTIFICA DI “DISTURBO MENTALE”.....	227
3. LA RIVOLUZIONE DELLA LEGGE BASAGLIA NEL SUO CONTESTO STORICO.....	237
4. BREVE EXCURSUS SUI CONTORNI “STORICI” DELLA FIGURA DELLO PSICHIATRA.....	241
5. LA POSIZIONE GIURIDICA DELLO PSICHIATRA ALLA LUCE DELLA RESPONSABILITÀ PENALE MEDICA: INTRODUZIONE.....	247
5.1 Le linee generali della responsabilità medica	248
5.2 L'accertamento della responsabilità: il nesso di causalità e l'elemento soggettivo.....	258
5.3 La posizione di garanzia dello psichiatra: condotta attiva o omissiva?.....	274
5.4 Il coefficiente psicologico della “colpa” dello psichiatra prima della riforma Gelli- Bianco.....	291
5.5 Il 590 <i>sexies</i> c.p. come “nuovo” fondamento giuridico della responsabilità medica.....	303
6. LA RESPONSABILITÀ DELLO PSICHIATRA: FONDAMENTO NORMATIVO CIVILISTICO E CASISTICA DEL TIPICO FENOMENO AUTOLESIVO	317
7. CENNI SULLA RESPONSABILITÀ DA TRATTAMENTO SANITARIO OBBLIGATORIO ILLEGITTIMO.....	333
OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.....	336
BIBLIOGRAFIA.....	340
INDICE GIURISPRUDENZIALE.....	359

*Mi piacerebbe accogliere il lettore, prima di lasciarlo alla trattazione della tematica presentata,
con un semplice, ma mai banale, scioglilingua:*

“Il sano folle chiama il folle sano “folle” che chiama il sano folle “sano””.

INTRODUZIONE

Il “*principio di non contraddizione*”, introdotto nel quarto libro della Metafisica aristotelico, governa, insieme al principio di causalità, la struttura della ragione occidentale e, come conseguenza logica, il nostro agire è governato, inconsciamente, dal nostro “*essere*” oggettivizzato nel mondo e dal mondo (“*Umwelt*” in tedesco, che sta a significare il mondo circostante, l’ambiente), che per il sol essere venuto ad esistere nella realtà empirica è divenuto “ente” (“*In der Welt*”, colui che “è”, sta nel mondo), dunque tutt’altro da quella che è la nostra vera essenza e dal “senso” della nostra esistenza¹. Ciascuno di noi – la presenza umana di ogni essere umano (“*Dasein*”, in tedesco) – esiste nel proprio originario “essere-nel-mondo” (*In-der-Welt-sein*), senza alcuna distinzione, caricandoci, invece, di caratterizzazioni che ci differenziano², tuttavia riduttivamente o *in peius*, per i diversi *modi di essere* con cui decidiamo di vivere “nel mondo”, anziché “fuori da esso”. Questi diversi “modi di essere” sono da interpretare come funzioni, non dis-funzioni, di una certa strutturazione dell’esistenza, di un progetto (“*Ent-wurf*”) – che ciascun uomo elabora per sé – che permette di collocarci nel “*Welt*” e di “aprirci ad esso”, iniziando una relazione con esso definita anche come “*Verweltlichung*”. È bene precisare ciò in quanto prodromico alla comprensione ed alla giusta considerazione del/dei protagonista/i della trattazione: il medico psichiatra ed il paziente, nel loro rapporto giuridico e metagiuridico³. Come emergerà in seguito, limitandoci qui a fornire la chiave di lettura corretta, “il sano di mente” ed il “malato” non esistono se non come distinti “modi di essere” perché, come è stato detto, entrambi appartengono allo stesso “mondo” – senza ricorrere a precostituiti modelli, anche, come in questo caso, “nosografici”, o norme generali – ed il secondo, “l’alienato”, vi appartiene in un “modo diverso”, in quanto l’unico possibile, per lui, di realizzare la propria “essenza”, che, come si è lasciato emergere implicitamente, altro è dall’ “essere (-ci, nel mondo)”, (“*Dasein*”, in tedesco) o “esistere”, questi essendo la sua rappresentazione “menomata” o “esistenza negata”, immanente, e non trascendente, mai libera: colui che è considerato “fuori di testa”, in realtà, ha “consapevolmente” scelto di vivere “fuori” dal tempo (“*zeitigt*”), dallo spazio

¹ U. Galimberti, “*Il tramonto dell’Occidente nella lettura di Heidegger e Jaspers*”, Milano, 2005, 10ss.

² Attraverso i diversi modelli percettivi, comportamentali e comprensivi. Si veda U. Galimberti, “*Psichiatria e fenomenologia*”, Milano, 2019, 18 ss.

³ U. Galimberti, op. cit., 18 ss.

(“*raumgibt*”), dal mondano (“*weltlicht*”), da un’esistenza “condivisa” (“*mit-da-sein*”)⁴. Contrariamente ai nostri comuni dogmi, nessuno di noi è realmente libero di scegliere o agire, quantomeno discostandosi dal modo di comportarsi che gli è solito – nessuno di noi si contraddice mai veramente, quantunque lo volesse – al fine di rispondere non alle proprie esigenze, ma a quelle dettate dalla categoria gutturale, come la avrebbero definita i Greci, della “necessità” (“*Anánkē*”, che nel greco antico sta a significare la “necessità” immutabile dettata dalla Natura), che viene utilizzata per rappresentare un potere forte ed incontrastabile da parte dell’uomo: siamo mezzi nella mani della danzatrice, la Natura, utilizzati per soddisfare i suoi di bisogni, della sua economia, ovvero la riproduzione della specie⁵. Fu Parmenide, il primo, che alla base delle sue indagini pose questa affermazione: “l’essere è e il non essere non è”, o, detto in altro modo, che “è impossibile che l’essere non sia e che il non essere sia.” Queste due proposizioni, esprimenti sia pure in modo diverso, lo stesso contenuto, vennero più tardi chiamate, rispettivamente, “*il principio di identità*” ed il “*principio di non contraddizione*”. Contro coloro che tentano di negarlo Parmenide inveisce, definendoli “sordi”, “ciechi”, i quali si mettono per una via del tutto inindagabile. In che cosa consista concretamente questa sordità e cecità egli non lo svela. E’ quanto invece farà Aristotele nell’opera di cui in precedenza si è fatta menzione⁶. Cosa significa esattamente essere “principio”? Se negassimo l’immobilità e la semplicità dell’essere, due importanti teoremi, verrebbe negato il principio di identità-non contraddizione. Infatti qualcosa diviene soltanto in quanto c’è un momento in cui esso non è – ossia o in un primo momento non è e poi è, o viceversa – sì che l’essere divenisse, si dovrebbe affermare che, in un momento del processo del divenire, l’essere non è; e questo è appunto quanto non può essere assolutamente sostenuto⁷. E, se l’essere fosse molteplice, i termini della molteplicità potrebbero sussistere solo in quanto, oltre al loro *essere*, fossero *altro* dall’essere; ma altro dall’essere è solo il non essere; si che dire che il molteplice “è” significa dire che il *non essere* è; e anche questo è un modo di negare quanto assolutamente non può essere negato⁸. Da quanto appena considerato sembra evidente che Parmenide fu il primo ad offrirne una “dimostrazione” del significato filosofico, primario che questo termine possiede. Nella logica classica, per fornire

⁴ U. Galimberti, op. cit., 18 ss.

⁵ U. Galimberti, “*L’illusione della libertà*”, conferenza svoltasi presso l’auditorium comunale “Aldo Tundo”, (LE), 2016; J.W. von Goethe, “*Meditazioni sulla natura*”, Prato, 2018, pp.160; A. Schopenhauer, “*La volontà nella natura*”, 1836.

⁶ E. Severino, “*Il principio di non contraddizione*”, Milano, 1995, 1ss.

⁷ E. Severino, op. cit., 1 ss.

⁸ E. Severino, op. cit., 1 ss.; Hegel, “*Scienza della logica*”, Bari, 2020, 10 ss.

un'applicazione ed illustrazione pratica di quanto dichiarato, si definisce “dimostrata” una proposizione A, in senso rigoroso o filosofico, quando e soltanto quando si è in grado di mostrare che la sua negazione implica necessariamente la negazione del principio di identità-non contraddizione, ossia implica la negazione di ciò che non può essere negato, sì che nemmeno la A può essere negata⁹. Con ciò diventa chiaro che quel principio che sta “alla base” è principio di altri asserti, nel senso che la sua affermazione implica necessariamente l'affermazione di quegli asserti: la implica perché la negazione di questi – per Parmenide “l'essere diviene”, “l'essere è molteplice” – implica necessariamente la negazione di quello. Sia Aristotele che Platone, confermando la validità assoluta del principio di non contraddizione, ne accolgono necessariamente una formulazione diversa, che si fonda su un intendere diverso il concetto dell'*essere*: l'essere come *ente* (*ὄν*), come ciò che è (*id quod est*, *ὃ ἐστίν(ν)*). Su di esso si concentra l'attenzione di Aristotele e la dottrina platonica dei due sensi del non-essere si completa nella dottrina aristotelica dell'*ente in quanto ente* e dell'*analogia dell'ente*¹⁰. Il quarto libro della *Metafisica* di Aristotele si apre con la seguente osservazione: l'essere può essere scientificamente indagato in quanto è come *ente* oppure in quanto è quella certa determinazione che differisce dalle altre. Solo la filosofia prima o metafisica considera dell'essere le proprietà conferitegli dal “qualcosa che è”, le quali “gli convengono essenzialmente” – o *per se* (*tò kath'autò*) – non potendo rilevare qualità accidentali (*per accidens*)¹¹. “È impossibile che la stessa cosa convenga e insieme non convenga e per il medesimo rispetto”¹². È infatti impossibile che uno stesso creda, ad un tempo, che la stessa cosa sia e non sia: se così fosse ogni uomo si ingannerebbe da sé, avendo opinioni contrarie. Perciò ogni dimostrazione viene ricondotta alla convinzione per cui il principio in questione è fonte di ogni altro assioma ed il più saldo di tutti. Esso è la prima e fondamentale proprietà dell'essere in quanto essere, ossia affermazione che non si basa su altra, è vera per se stessa, non può essere negata: nell'atto stesso in cui tale principio è negato, esso è implicitamente affermato, poiché lo si può negare solo a parole, confermandone la validità ed esistenza¹³. Il *principio di non contraddizione* trova diverse formulazioni, soprattutto nella branca della logica classica, di matrice aristotelica: la stessa cosa *x* non può convenire e insieme non convenire *per il medesimo rispetto* alla stessa cosa *y*, perché *per rispetti diversi*, la stessa cosa *x* può

⁹ E. Severino, op. cit., 1 ss.

¹⁰ E. Severino, op. cit., 1 ss

¹¹ Aristotele, “*Metafisica*”, IV libro, par. I, Bari, 2018, 1 ss. Si veda E. Severino, op. cit., 1 ss.

¹² Aristotele, “*Metafisica*”, IV libro, par. IV, Bari, 2018, 1 ss. Si veda E. Severino, op. cit., 1 ss.

¹³ E. Severino, op. cit., 1 ss.

convenire e insieme non convenire alla stessa cosa y . Altro modo di applicare questo principio si rinviene nei contrari, non soltanto rappresentati dalle *nozioni* (es: bello-brutto, vero-falso, ecc.), ma anche dalle *proposizioni*. Si consideri che il genere G sia il giudizio sul colore di x (dove x sta ad indicare una superficie qualsiasi)¹⁴. Dunque, la proposizione “ x è colorato” sta a G così come “bianco” sta al genere *colore*. Infatti come il bianco è un certo *colore*, ossia è una specificazione del genere *colore*, così la proposizione “ x è colorato” è un certo *giudizio sul colore di x* , ossia è una specificazione di G , la quale, in relazione alla proposizione “ x non è colorato” (che è anche essa una specificazione di G), costituisce la differenza o opposizione massima di G . Le due proposizioni, “ x è colorato” (sia p questa) e “ x non è colorato” (sia q questa) sono pertanto due termini contrari tra loro. P e q valgono primariamente, o *per se* (ex se), come contrari¹⁵. Il significato delle espressioni “per se”, “per accidens” possono essere chiarite con due esempi: se un architetto costruisce una casa, l’architetto è *per se*, ossia come tale, in quanto tale, costruttore della casa; se poi l’architetto è vegetariano – se cioè all’architetto *capita, accidit*, di essere vegetariano –, si dirà che un vegetariano è *per accidens*, costruttore di quella casa. Per riassumere quanto appena illustrato si può dire che è impossibile che la stessa persona insieme creda che una cosa sia e che questa cosa non sia¹⁶. Una riflessione su tale principio, o come si suol dire nel linguaggio giuridico, un norma generale o generalissima, è necessaria non solo per chi è interessato al sapere filosofico, in quanto suo *incipit*, ma essenziale ancor più per comprendere uno dei fondamenti dell’ordinamento giuridico, in particolare nella sua branca penalistica, secondo una concezione sistemica. Le prospettive ed il *modus operandi* adottati dalle due scienze, quella giuridica e filosofica, che sono l’una coesenziale all’altra, sono le medesime. La ricerca dell’elemento assoluto, generale ed astratto, il primo regolatore e da nient’altro ulteriormente regolato, generatore di altre e nuove regole, ma non preceduto da altre *a priori* esistenti, è proprio di entrambe e con Aristotele, per la prima volta, lo sguardo è stato sollevato dal mondo fisico e materiale, verso *la totalità di tutte le cose*, innalzandosi da questo e oltre questo. È precisamente l’apertura dell’orizzonte della totalità che conduce alla domanda sul *principio* (ἀρχή): sorge la questione, più o meno esplicita e consapevole, di stabilire che cosa sia ciò per cui tutte le cose, che pur si differenziano tra di loro (non contraddizione inteso come *molteplicità*), si realizzano in una unità. Allora la domanda è altra: quale sia il principio unificatore del molteplice,

¹⁴ E. Severino, op. cit., 1 ss.

¹⁵ E. Severino, op. cit., 1 ss

¹⁶ E. Severino, op. cit., pag. 32; si veda anche Hegel, “*Scienza della logica*”, Bari, 2020.

quale sia il fondamento o principio dell'unità. I primi pensatori greci lo ricercarono ed identificarono nelle diverse manifestazioni della materia. Tuttavia esso non può per nulla essere determinato, determinabile, qualificabile, diveniente e mutabile nella particolarità, ma, come dice Parmenide, appartenente ad ogni essere, comune ad ogni cosa., ciò in cui ogni cosa è identica ad ogni altra: il suo *essere*. Dall'unità parmenidea si è poi addivenuti, in base a quanto prima dichiarato, a conferire cittadinanza al “*non essere*” platonico-aristotelico in quanto molteplice e diverso, questa o quella determinazione possono convenire o meno ad un oggetto che “è”. Per concludere con una illustrazione esemplificativa, dire che un fiore rosso non è rosso significa dire infatti che l'essere (il fiore rosso) è non essere (appunto in quanto il fiore non rosso è non essere rispetto a quell'essere che è il fiore rosso). Dopotutto persino Kant, nella “*Critica del giudizio*”, sottolinea che una qualunque divisione fatta *a priori*, o sarà analitica secondo il principio di non contraddizione (*quodlibet ens est aut A aut non A*), ed allora sempre in due parti, o sintetico-triadica.¹⁷ Perché il lettore meglio colga l'importanza nel diritto, e non soltanto, di tale principio, il quale per il sol fatto oggettivo di essere di matrice filosofica rende naturale e consequenziale la convinzione che esso permei l'intera realtà empirica da cui l'insieme di regole normative traggono la loro origine ed ivi finiscono per trovare il loro senso o la loro *ratio*, basta considerare che la sua valenza *logica* viene richiamata ed esaltata nel quadro di prescrizioni *deontologiche* inerenti la condotta umana, in modo tale che i due livelli – quello logico e deontologico – risultano strettamente connessi. Per spiegare questo convincimento, si osservi la celeberrima terzina dantesca di *Inf.* c. XVII, vv. 118-120¹⁸, il cui discorso è intorno al pentimento e all'assoluzione, avente natura teologica e morale, e si rappresentino le proposizioni secondo la logica della *premessa maggiore* (c'è assoluzione se e solo se c'è pentimento)¹⁹, della *premessa minore* (non c'è pentimento dato che Tizio “vuole” ancora quell'azione)²⁰ e della *conclusione* (dunque, non c'è assoluzione)²¹. Il diritto è interessato dal *principio di non contraddizione* nella misura in cui fra i suoi campi

¹⁷ “*Das liegt aber in der Natur der Sache. Soll eine Eintheilung a priori geschehen, so wird sie entweder analytisch sein nach dem Satze des Widerspruchs; und da ist sie jederzeit zweitheilig (quodlibet ens est aut A aut non A). Oder sie ist synthetisch. Die Eintheilung nothwendig Trichotomie sein*”, I. Kant, “*Critica del giudizio*”, Bari, 2020, pag. 67.

¹⁸ “*Ch'assolver non si può chi non si pente, /né pentere e volere insieme puossi/ per la contradizion che nol consente.*” D. Alighieri, “*La Divina Commedia*”, *Inf.* c. XVII, vv. 118-120. Si veda AA. VV., “*La contradizion che nol consente*”, Milano, 2010, pag. 92.

¹⁹ Oppure simbolicamente ($P = \text{“C'è assoluzione”}$ e $Q = \text{“c'è pentimento”}$), P se e solo se Q . Si veda AA. VV., op. cit.

²⁰ Non si dà il caso che Q . Si veda AA. VV., op. cit., 92 ss.

²¹ Non si dà il caso che P . Si veda AA. VV., op. cit., 92 ss.

d'indagine rientrano le proposizioni di genere prescrittivo nonché il rapporto coerente fra esse. Esso è sì un principio logico, ma anche *ontologico*, nel senso che è fondamento di tutto, ed in particolare del modello di sapere *dialettico*, che si snoda attorno alla co-originarietà di identità e differenza e che si destruttura e snatura nelle discipline cosiddette umanistiche²². Insomma, lo studio del diritto *non può prescindere dalla connessione oggetto-soggetto, essere-pensiero-discorso*²³: pretendendosi “oggettiva” la scienza giuridica si priverebbe di una parte essenziale dell'intero, il soggetto appunto, essendo l'oggetto soltanto una parte dell'intero e oltretutto nell'epistemologia contemporanea, “oggettivo” non è affatto sinonimo di “universale”, né in ambito formale (ove ogni tentativo di conseguire l'oggettività è viziato da “incompletezza”), né in ambito empirico (l'osservatore condiziona inevitabilmente l'esperimento)²⁴.

²² “Il diritto in ogni suo aspetto, anche quello meramente normativo, è pur sempre *hominum causa constitutum*, cioè relativo, benché in modo peculiare, alla relazione fra soggetti.”, AA. VV., op. cit., 92 ss.

²³ “Senza la sua opera di profilassi logica non sarebbe possibile organizzare rigorosamente i discorsi che hanno luogo nel e intorno al processo”, AA. VV., op. cit., pag. 81.

²⁴ AA. VV., op. cit., pag 1 ss.

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO PLATONICO-ARISTOTELICO DI “NON CONTRADDIZIONE” COME FONDAMENTO DELL’ORDINAMENTO GIURIDICO

1. LA STRUTTURA DEL REATO SECONDO LA CONDIVISA CONCEZIONE TRIPARTITA: TIPICITÀ, ANTIGIURIDICITÀ E COLPEVOLEZZA

L’elaborazione sul piano teorico della struttura del reato e la sua rappresentazione attraverso i singoli elementi costitutivi rappresentano un presupposto fondamentale dello studio delle norme di parte generale del diritto penale ed inoltre forniscono le coordinate necessarie per l’analisi di singole forme di manifestazione delle *species facti* di reato. D’altronde il giudice penale per addivenire alla sua *res iudicata* deve dar seguito all’operazione di sussunzione (nota ad ogni giurista) del fatto concreto, oggetto del giudizio, nella fattispecie penale astratta, imputata al reo²⁵. Terminata la raccolta del materiale istruttorio e l’attività di accertamento, è necessario, ai fini della decisione, verificare se il fatto storico-materiale posto in essere corrisponda effettivamente alla fattispecie raffigurata dal legislatore, in ossequio ai principi di legalità, tassatività, precisione, chiarezza e determinatezza. Dunque quanto appena introdotto impone di destrutturare la norma incriminatrice nei singoli elementi costitutivi affinché sia verificata la loro sussistenza nella realtà empirica²⁶. Questo procedimento, che può risultare in un primo momento astratto e speculativo, è fondamentale per accertare il reato e si snoda attraverso un *iter* logico che comporta, *in primis*, l’accertamento di una condotta che abbia rilevanza penale²⁷; tuttavia, è possibile che la condotta del soggetto non dia la prova che l’imputato sia stato l’autore dell’illecito o persino che venga

²⁵ F. Mantovani, “*Diritto penale*”, Milano, 2019, pag. 120; G. Fiandaca- E. Musco, “*Diritto penale. Parte generale*”, Bologna, 2018, pag. 193; F. Antolisei, “*Manuale di diritto penale. Parte generale*”, Milano, 2018, pag. 196. F. Caringella- A. Salerno, “*Manuale ragionato di diritto penale*”, Roma, 2019, pag. 450.

²⁶ F. Mantovani, “*Diritto penale*”, Milano, 2019, pag. 120; G. Fiandaca- E. Musco, “*Diritto penale. Parte generale*”, Bologna, 2018, pag. 193; F. Antolisei, “*Manuale di diritto penale. Parte generale*”, Milano, 2018, pag. 196. F. Caringella- A. Salerno, “*Manuale ragionato di diritto penale*”, Roma, 2019, pag. 450.

²⁷ Diversamente il giudice farebbe ricorso alla formula: “*Perché il fatto non sussiste*”. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

dimostrato che altro soggetto l'ha compiuta²⁸. Quando invece risulti accertato il dato oggettivo, riconducibile all'imputato, e la sua corrispondenza al dato normativo, il giudice penale deve proseguire in ordine agli accertamenti relativi al carattere illecito della condotta: la cosiddetta "antigiuridicità", verificando che non risulti autorizzata da una norma giuridica o dalla persona offesa, consentita dall'ordinamento o imposta dalla legge; qualora il giudice dovesse riscontrare la presenza di una di suddette ipotesi, che integrano le c.d. *scriminanti o cause di giustificazione*, non potrebbe pronunciare una sentenza di condanna e sarebbe tenuto ad assolvere l'imputato "*perché il fatto non costituisce reato*"²⁹; nel mentre lo *iudex* deve verificare la rimproverabilità del reo, capace quindi di intendere e di volere, imputabile, il quale allora dovrà aver commesso il fatto previsto come reato con dolo – intenzionalmente – ovvero, nei casi previsti dalla legge, con colpa o preterintenzione; se dovesse mancare il requisito dell'imputabilità e cioè il reo non sarebbe in grado di comprendere il significato e di valutare le conseguenze del proprio agire ovvero di autodeterminarsi in modo consapevole nella commissione dell'illecito, il giudice lo assolverà con la seguente formula: "*Perché il fatto è stato commesso da persona non imputabile*"³⁰. Vi è poi il caso in cui si ricorra alla formula "*perché il fatto non costituisce reato*" per difetto dell'elemento soggettivo (medesima per il fatto scriminato o non colpevole), oppure "*perché l'imputato non è punibile*", ex art. 131 bis c.p., ed infine "*perché il fatto non è previsto dalla legge come reato*" nell'ipotesi di *abolitio criminis* o di depenalizzazione³¹. Successivamente e alla luce di questo breve excursus sull'operato procedurale del giudice, è necessario introdurre una delle teorie dottrinali elaborate e condivise sulla struttura del reato e nelle sue ripartizioni interne: la teoria tripartita, la quale riconosce le tre fondamentali componenti del reato nella tipicità, antigiuridicità e colpevolezza³². La tipicità, come meglio si illustrerà in seguito, attiene all'elemento oggettivo del reato ed in modo particolare agli elementi che costituiscono la condotta del reo. Tra questi vi è il nesso causale, il quale nei reati cc.dd. di evento consente di imputare oggettivamente l'evento

²⁸ La sentenza assolutoria del giudice in questo caso è: "*Perché l'imputato non l'ha commesso*". Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

²⁹ F. Mantovani, "*Diritto penale*", Milano, 2019, pag. 120; G. Fiandaca- E. Musco, "*Diritto penale. Parte generale*", Bologna, 2018, pag. 193; F. Antolisei, "*Manuale di diritto penale. Parte generale*", Milano, 2018, pag. 196. F. Caringella- A. Salerno, "*Manuale ragionato di diritto penale*", Roma, 2019, pag. 450.

³⁰ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

³¹ F. Mantovani, op. cit., pag. 120; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit., pag. 193; F. Antolisei, op. cit., pag. 196. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

³² G. Marinucci, "*Fatto e scriminanti. Note dogmatiche e politico-criminali*", in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1983, 1190 ss.; G. Vassalli, "*Il fatto negli elementi del reato*", Milano, 1984, 529 ss.; M. Romano, "*Commentario*", cit., 267 ss.

lesivo alla condotta del reo. L'antigiuridicità attiene invece alla qualificazione giuridica del fatto tipico posto in essere dal reo e permette di stabilirne la rilevanza penale³³. Il carattere illecito del fatto, infatti, dipende dalla contrarietà all'ordinamento complessivamente inteso (concezione sistemica), dato che si esclude che la legge possa imporre o consentire il comportamento incriminato (per il *principio di non contraddizione*). Infine la colpevolezza è costituita dagli elementi soggettivi del reato, in modo che si possa muovere un rimprovero al reo per il suo comportamento penalmente rilevante³⁴. È una categoria complessa dato che vi afferiscono elementi soggettivi della responsabilità penale, primo fra tutti l'imputabilità del reo, la sua capacità di intendere e di volere. Dei cenni introduttivi ed esplicativi della "*Teoria del reato*" sono prodromici alla comprensione del diritto penale e della seguente trattazione: essa, la teoria, presenta diverse varianti a seconda dei diversi tipi di sistemi penali e da questi dipende la scelta tra le possibili soluzioni interpretative³⁵. La storia del diritto penale si caratterizza, per alcuni aspetti, per la contrapposizione dialettica tra un *diritto penale oggettivo* ed un *diritto penale soggettivo*, con le sue combinazioni intermedie di un *diritto penale misto*, oggettivo-soggettivo³⁶. Un diritto penale *oggettivo puro* funziona essenzialmente come un sistema di *norme-valutazione*, poste a *tutela* di determinati beni. Si incentra sull'obiettivo *lesione* di tali beni con le seguenti implicazioni: 1) porre al centro "condotta", l' "evento", legati tra loro dal nesso di causalità, esistente ogni qual volta l'agente abbia posto in essere una *condicio sine qua non* del fatto stesso cagionato; 2) attribuire il reato al soggetto sulla mera base del nesso di causalità tra condotta ed evento, senza distinzione tra soggetti imputabili e non, tra dolo, colpa e responsabilità oggettiva; 3) determinare la gravità del reato e della sanzione esclusivamente in base alla effettiva lesione del bene protetto, a prescindere dalla valutazione del grado della colpevolezza o della personalità del soggetto; 4) non conoscere gli istituti del tentativo, del reato continuato e della compartecipazione psichica nel reato, dandosi rilievo al solo concorso materiale nell'esecuzione; 5) riconoscere l'analogia, essendo la tassatività coesistente alla norma come comando e non come mera valutazione della lesione di

³³ F. Mantovani, op. cit., pag. 120; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit., pag. 193; F. Antolisei, op. cit., pag. 196. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

³⁴ F. Caringella- A. Salerno, "*Manuale ragionato di diritto penale*", Roma, 2019, pag. 409 ss.; vedi anche G. Fiandaca- E. Musco, "*Diritto penale. Parte generale.*", Torino, 2014, pag. 157 ss.

³⁵ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

³⁶ Vedi F. Mantovani, op. cit., pag. 97; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit., pag. 193; F. Antolisei, op. cit., pag. 196; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

certi beni giuridici; 6) classificare i reati secondo l'importanza del bene leso³⁷. Tutto questo comporta la centralità dell'*offensività* del reato. Tutt'altro attiene al *diritto penale soggettivo puro*, che a sua volta richiede delle differenziazioni. Il *diritto penale soggettivo repressivo*(o della volontà) funziona essenzialmente come un sistema di *norme-comando*, cioè si incentra sulla *volontà*, con i seguenti corollari: 1) si pone al centro la colpevolezza e non la lesione, che è sintomo della volontà criminosa, rilevando il bene giuridico come obiettivo di tutela; 2) si distingue tra soggetti capaci ed incapaci di ubbidire al comando, tra coloro che non vogliono ubbidire e coloro che disubbidiscono per negligenza, derivando le categorie giuridiche degli imputabili e non, del dolo, colpa, errore, aberratio; 3) si riconoscono gli istituti del tentativo, della compartecipazione morale, del reato continuato e delle circostanze soggettive; 4) si concede ampio spazio al carattere "punitivo" della sanzione; 5) si fa divieto al ricorso all'analogia e si creano i limiti connaturali, logicamente, alla norma intesa come comando (stato di necessità, scriminanti putative, ecc.)³⁸. Il risultato di ciò è dato dal rilievo concesso alla colpevolezza. Segue un *diritto penale soggettivo preventivo* (o della pericolosità), che funziona essenzialmente come un sistema di *norme-garanzia* contro i soggetti pericolosi e, dunque, si incentra sulla *pericolosità* del soggetto, con le seguenti conseguenze: 1) la sanzione viene irrogata in funzione del pericolo che il soggetto rappresenta per l'ordine sociale; 2) si attribuisce alle sanzioni (misure di sicurezza) soltanto lo scopo di rendere innocuo il soggetto o di riadattarlo, se possibile, alla vita sociale; 3) si adeguano, conseguentemente, tali misure alla personalità del delinquente, cosicché la legislazione sia orientata verso "una tipologia di delinquenti"; 4) l'attribuzione ai fatti lesivi, alle circostanze, al tentativo, alla compartecipazione, il semplice valore di "sintomi" rilevatori di tendenze interne al soggetto; 5) l'ammissione dell'analogia e la considerazione delle sole scriminanti che si fondano sull'assenza della pericolosità³⁹. Viene naturale concludere che il prodotto di ciò è la prevalenza della *capacità a delinquere*. Tuttavia questi due sistemi appena sviluppati nei loro tratti caratteristici sono ideali, mentre nella realtà storica si riscontrano *sistemi penali misti*, in cui le istanze soggettivistiche ed oggettivistiche si combinano e contemperano, funzionando la norma come tutela dei beni, come comando della volontà, come garanzia

³⁷ F. Mantovani, op. cit., pag. 120; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit., pag. 193; F. Antolisei, op. cit., pag. 196. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

³⁸ F. Mantovani, op. cit., pag. 120; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit., pag. 193; F. Antolisei, op. cit., pag. 196. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

³⁹ F. Mantovani, op. cit., pag. 120; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit., pag. 193; F. Antolisei, op. cit., pag. 196. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

contro i soggetti pericolosi⁴⁰. Per il reato, e per ogni accadimento, due sono i modi fondamentali di comprensione: o si considera il reato *razionalmente-analiticamente* (il reato “va capito”) o *emotivamente-unitariamente* (il reato va “sentito”). Dunque, nella storia del diritto penale si sono sviluppate: 1) la c.d. *concezione analitica* del reato, per la quale il reato va scomposto e studiato nei suoi elementi costitutivi. Questo tipo di studio rappresenta un’esigenza connaturale alla nozione formale del reato e al sottostante principio garantista del *nullum crimen sine lege* e della certezza giuridica. Solo individuando ed interpretando i singoli elementi costitutivi della fattispecie legale è possibile stabilire con sicurezza ciò che è effettivamente vietato dalla legge e se il fatto commesso concretamente sia conforme ad essa e quindi punibile⁴¹. 2) La *concezione unitaria* del reato, per la quale il reato è un insieme inscindibile che può presentare “aspetti”, ma che non si lascia dividere in singoli “elementi”⁴². Essa fu un “punto di passaggio” del processo di soggettivizzazione del diritto penale tedesco, che ebbe come “punto di partenza” la critica alla concezione classica del reato, per poi arrivare al progressivo rifiuto della analisi razionale dell’illecito penale e l’accoglimento di una concezione unitaria del reato, ed infine la concezione di tipo normativo d’autore⁴³. Si parte infatti dalla *concezione classica*, fondata sulla tripartizione del reato in *Tatbestandsmäßigkeit* (conformità al fatto tipico), *Rechtswidrigkeit* (antigiuridicità) e *Schuld* (colpevolezza) ed espressione garantista dello Stato liberale di diritto⁴⁴. Poiché

⁴⁰ F. Mantovani, op. cit., pag. 120; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit., pag. 193; F. Antolisei, op. cit., pag. 196. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁴¹ “Ad opera del pensiero giuridico liberale nel diciannovesimo secolo ebbe inizio l’analisi del reato nella sua funzione garantista, ma la dottrina, in nome di un concettualismo raffinato e di un esasperato formalismo, ha finito per pervertire il metodo analitico, frantumando il reato in una serie di elementi, posti sullo stesso piano e visti come entità tra loro indipendenti; per perdere di vista la concezione unitaria e dar luogo ad una concezione analitica, atomistica, frammentaria, che degrada il reato ad una somma di elementi disparati eterogenei. La Babele degli istituti e delle lingue”. Si veda anche F. Mantovani, op. cit., pag. 99; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit., pag. 193; F. Antolisei, op. cit., pag. 196. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁴² “Essa sorse come reazione agli eccessi del formalismo analitico e sotto la spinta di una concezione sostanzialistica del reato. E, prendendo poi le mosse dall’irrazionalismo filosofico e dalla conseguente sfiducia verso la conoscenza per concetti, detta concezione trovò la sua estrema espressione in quell’intuizionismo, che caratterizzò il pensiero giuridico nazionalsocialista e per il quale l’analisi per concetti sezionerebbe l’essenza del reato in frammenti privi di vita ed impedirebbe di cogliere il fenomeno criminoso nella sua concreta individualità. Sicché solo attraverso il procedimento intuitivo sarebbe possibile attingere l’essenza del reato, sentire il reato in ogni suo elemento ed in ogni elemento tutto il reato.”. F. Mantovani, “Diritto penale”, Milano, 2019, pag. 99; si veda anche G. Bettiol, “Sul metodo della considerazione unitaria del reato”, in *Riv.it*, 1938, 513. Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, “Antigiuridicità e cause di giustificazione”, Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁴³ F. Mantovani, op. cit., pag. 120; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit., pag. 193; F. Antolisei, op. cit., pag. 196. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁴⁴ F. Mantovani, “Diritto penale”, 2019, Milano, 100 ss.; F. Carnelutti, “Teoria generale del reato”, Palermo 1933, pag. 72; F. Antolisei, “Lo studio analitico del reato”, in “Scritti di diritto penale”, Milano, 1955; C. Roxin, “Antigiuridicità e cause di giustificazione”, Napoli, 1996, 87. Si veda anche F.

ogni considerazione unitaria del reato sospinge nel campo delle intuizioni e delle apprensioni irrazionali, *il metodo analitico* resta lo strumento irrinunciabile nello studio del reato⁴⁵. Antolisei, sul punto in questione, sottolinea che il reato non può essere studiato solo sinteticamente, e cioè nella sua unità e nelle note comuni, ma occorre individuare ed esaminare gli elementi che lo compongono. Infatti la dottrina adottò un approccio metodologico analitico, la cui esasperazione ha portato ad astrazioni tali da spezzare la fattispecie criminosa in diverse entità indipendenti, come *quid* dotati di vita autonoma⁴⁶. Una concezione meccanica ed atomistica che non coglie l'organicità e l'unitarietà essenziale di un oggetto (il reato) non frazionabile: una unità inscindibile ed organicamente omogenea. Tutto ciò è dimostrato da un'evidenza: le note essenziali del reato sono collegate tra loro in modo indissolubile, che nessuna di esse può essere compresa, se non considerata in rapporto alle altre⁴⁷. Nello studio analitico del reato bisogna distinguere gli *elementi essenziali* dagli *elementi accidentali*. Sono *essenziali* quegli elementi che costituiscono l'essenza del reato, senza i quali esso non può esistere⁴⁸. Detti anche "*elementi costitutivi*". Gli "*accidentalia delicti*", sono quegli elementi la cui presenza o assenza non influisce sulla esistenza del reato, ma sulla gravità e più in generale sull'entità della pena: sono le cc.dd. "*circostanze del reato*". Questi ultimi a loro volta si distinguono in *generalis* e *specialis*, a seconda che caratterizzino tutti gli illeciti o specifiche figure di reato⁴⁹. Alla luce di quanto

Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "*Antigiuridicità e cause di giustificazione*", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁴⁵ Ciò sia per ragioni scientifico-sistematiche, in quanto è una legge del pensiero umano che la sintesi segue l'analisi e perché sull'intuizione, per il suo soggettivismo, incomunicabilità e incontrollabilità, non può fondarsi una vera scienza; sia per ragioni didattiche, perché l'unitarietà del reato, fondata sull'intuizione, in quanto incomunicabile non è suscettibile di insegnamento e di apprendimento; sia per motivi pratico-garantisti, essendo l'analisi la premessa necessaria per poi stabilire se il fatto concreto presenti o meno tutti gli elementi costitutivi della fattispecie legale, costituendo reato. Si veda F. Mantovani, "*Diritto penale*", 2019, Milano, 100 ss. Si veda anche F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "*Antigiuridicità e cause di giustificazione*", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁴⁶ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "*Antigiuridicità e cause di giustificazione*", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁴⁷ F. Mantovani, op. cit., pag. 120; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit., pag. 193; F. Antolisei, op. cit., pag. 196. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁴⁸ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "*Antigiuridicità e cause di giustificazione*", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁴⁹ "*Chi, pertanto, nello studio analitico del reato non voglia smarrire la diritta via, non deve mai perdere di vista l'intima, profonda connessione che esiste tra i vari elementi che lo compongono; in altri termini, non deve mai dimenticare che il reato costituisce una entità essenzialmente unitaria ed organicamente omogenea. L'analisi quindi non deve essere fine a se stessa, ma va considerata soltanto come uno strumento per meglio perseguire l'indagine di questa unitaria entità*", F. Antolisei, "*Manuale di diritto penale, parte generale*", Milano, 2003, pag. 210; sul punto rileva Petrocelli, "*Riesame degli elementi del*

introdotto, la concezione analitica del reato ha dato luogo a due teorie fondamentali: la “tripartita”, per cui il reato è un “fatto umano, antiggiuridico e colpevole” e la “bipartita”, per cui il reato è un “fatto umano commesso con volontà colpevole”. Per la prima⁵⁰, sorta in Germania e seguita anche in Italia e che ha favorito gli eccessi analitici menzionati, il reato si compone di tre elementi che rappresentano i tre grandi capitoli della teoria generale del reato: 1) *il fatto tipico (Tatbestand)*, inteso come fatto materiale restrittivamente, comprensivo dei soli requisiti oggettivi (condotta, evento, causalità) e non come fatto *lato sensu*, comprensivo degli elementi soggettivi ed oggettivi; 2) *l’antigiuridicità obiettiva (Rechtswidrigkeit)*, con la quale si intende designare non l’antigiuridicità penale globale (che investe l’intero fatto in tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi e quindi non può essere elemento del reato), ma soltanto la contrarietà del fatto materiale all’ordinamento giuridico e, quindi, l’esistenza di un momento di “torto obiettivo” nella fattispecie, indipendentemente dall’elemento psicologico; 3) *la colpevolezza (Schuld)*, cioè la volontà riprovevole nel suo diverso atteggiarsi⁵¹. Sul piano sistematico, la concezione tripartita espresse soprattutto l’esigenza di introdurre, accanto al fatto materiale ed alla colpevolezza, un terzo elemento, l’antigiuridicità obiettiva, per poter così dare una adeguata sistemazione dogmatica al requisito negativo dell’assenza di *cause di giustificazione*. Infatti, è nello studio delle cause giustificatrici che ha preso vita e corpo il requisito dell’antigiuridicità⁵². Tuttavia a tale teoria fu contestato l’autonomia dell’antigiuridicità obiettiva, risolvendosi essa nel dato meramente negativo dall’assenza delle scriminanti; nonché di spezzare l’unitaria valutazione espressa dalla norma penale, nei due giudizi parziali e tronconi dell’antigiuridicità e riprovevolezza soggettiva⁵³. Ed essa entrò in

reato”, cit., p.9: “La considerazione analitica, come ogni operazione della mente, tende ad una sua finalità; e questa è appunto la considerazione, meglio ancora, la visione unitaria del reato, cioè la visione della sintesi e dell’unità attraverso l’analisi”. Si veda anche F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, “Antigiuridicità e cause di giustificazione”, Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁵⁰ Per la tripartizione: Delitala, Maggiore, Petrocelli, F. Alimena, Bettioli, Vassalli, Romano, Fiandaca-Musco, Padovani, Riz, Fiore, Palazzo, Romacci, Cadoppi-Veneziani, G.A De Francesco. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, “Antigiuridicità e cause di giustificazione”, Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁵¹ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, “Antigiuridicità e cause di giustificazione”, Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁵² F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, “Antigiuridicità e cause di giustificazione”, Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁵³ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, “Antigiuridicità e cause di giustificazione”, Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

crisi con la scoperta degli elementi normativi del fatto (che contraddicevano la pretesa natura avalutativa del fatto tipico), degli elementi subiettivi dell'illecito (che, attenendo alla stessa realizzazione di certi fatti di reato, ne ponevano in dubbio la pretesa natura oggettiva), nonché degli elementi obiettivi della colpevolezza (che, previsti come elementi costitutivi della fattispecie, ma sintomatici di una certa colpevolezza, sembrano presentare questa come non riducibile alle sole circostanze psichiche)⁵⁴. Secondo l'Antolisei, mentre la dottrina ravvisava nel reato due soli elementi generali, quello oggettivo e soggettivo (la forza fisica e la forza morale, secondo la terminologia del Carrara), successivamente da molti si ritenne in Italia che gli elementi essenziali del reato fossero tre: *fatto, l'antigiuridicità, colpevolezza*⁵⁵. Per tale sistematica, tedesca, essendo il reato un fatto umano antigiuridico e colpevole, lo studio deve ripartirsi in tre indagini distinte. Tra il fatto e la colpevolezza, che in sostanza rappresentano l'elemento materiale e psicologico del reato, viene posta quale requisito distinto ed autonomo, l'antigiuridicità, la quale si desume da due note: l'una positiva (la conformità del fatto concreto al modello astratto di reato configurato dal legislatore) e l'altra negativa (la mancanza di *cause di giustificazione*)⁵⁶. Anche se questa tripartizione, rappresentativa di un notevole sforzo per la sistemazione razionale degli elementi del reato, non può essere seguita per la degradazione dell'antigiuridicità, quest'ultima non è altro che un giudizio, in particolare di relazione. Quando si parla di antigiuridicità si emette un giudizio sul fatto: si riconosce, cioè, mediante una valutazione, che il fatto è in opposizione con un precetto del diritto⁵⁷. Ma se così è, allora non è possibile affiancare l'antigiuridicità al fatto dell'uomo ed alla colpevolezza, in quanto cose che per la loro eterogeneità non sono suscettibili di essere coordinate⁵⁸. Tanto il fatto quanto la colpevolezza, invero, sono fenomeni esistenti nel mondo naturale, mentre non è tale un giudizio di relazione.

⁵⁴ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "Antigiuridicità e cause di giustificazione", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁵⁵ Tra i seguaci si veda anche: G. Delitala, "Il fatto", Padova, 1930, pag. 13 ss.; B. Petrocelli, "Principi", Napoli, 1964, pag. 237; G. Bettiol- L. Pettoello Mantovani, "Dir. Pen.", Padova, 1986, pag. 248 ss.; T. Padovani, "Dir. Pen.", Milano, 2019, pag. 124; R. Riz, "Lineamenti", Padova, 2012, p. 189; Santoro, Frosali, Bellavista. Il Grispigni è seguace della sistematica germanica; G. Vassalli, "Il fatto negli elementi del reato", in Riv.it., 1984, pag. 529 ss. Vedi F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "Antigiuridicità e cause di giustificazione", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁵⁶ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "Antigiuridicità e cause di giustificazione", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁵⁷ F. Mantovani, op. cit., pag. 120; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit., pag. 193; F. Antolisei, op. cit., pag. 196. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁵⁸ F. Mantovani, op. cit., pag. 120; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit., pag. 193; F. Antolisei, op. cit., pag. 196. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

La conferma dell'esattezza di questo rilievo si ottiene scomponendo il fatto delittuoso nei suoi elementi strutturali⁵⁹. In questa operazione noi troviamo un fatto umano ed un atteggiamento psichico del soggetto; non troviamo l'antigiuridicità perché essa non è un *quid* che si distingue dagli altri e due e possa isolarsi, quale entità a sé stante, dagli stessi, ma la loro *risultante*. La teoria in esame da un lato ha visto un sostanziale ritorno di alcuni suoi seguaci al bipartismo quando ha ridotto il concetto di antigiuridicità oggettiva all'assenza di cause di giustificazione; dall'altro è caduta in un eccessivo frammentarismo quando ha proposto la separata analisi di quattro categorie di reati: commissivi dolosi, commissivi colposi, omissivi dolosi ed omissivi colposi⁶⁰. Quanto si è detto per la sistematica si riscontra anche in Marinucci e Dolcini che hanno ravvisato nel reato quattro elementi: il fatto, l'antigiuridicità, la colpevolezza, e la punibilità e⁶¹, in passato, dal Battaglini⁶², il quale sostenne che nel diritto positivo italiano la punibilità deve considerarsi elemento costitutivo del reato, giungendo così alla tripartizione. Le due teorie presentate prestano il fianco all'obiezione che la punibilità può essere concepita in due modi soltanto: come caratteristica generale del reato, oppure come applicabilità della pena, e cioè come possibilità giuridica di irrogare questa sanzione. In entrambi i casi non è logicamente consentito ravvisare nella punibilità un elemento che concorre all'esistenza del reato⁶³. Al contrario la teoria bipartita del reato scinde l'illecito penale in due parti, distinguendo l'elemento oggettivo del reato dall'elemento soggettivo. Il primo comprende, come abbiamo già avuto modo di illustrare, la condotta del reo ed i presupposti del reato mentre il secondo attiene all'imputazione soggettiva

⁵⁹ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "*Antigiuridicità e cause di giustificazione*", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁶⁰ Questa suddivisione è stata adottata in Italia da Fiandaca e Musco. Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "*Antigiuridicità e cause di giustificazione*", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁶¹ G. Marinucci e E. Dolcini, "*Corso*", Milano, 2001, pag. 467 ss. Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "*Antigiuridicità e cause di giustificazione*", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁶² G. Battaglini, "*Gli elementi del reato nel nuovo cod. pen.*", in *Annali*, 1934, 1089. Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "*Antigiuridicità e cause di giustificazione*", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁶³ Il Carmelutti ha sostenuto che il reato, al pari di ogni atto giuridico, risulta di due note soggettive: la capacità e la legittimazione e di tre requisiti oggettivi: la causa illecita, la volontà colpevole e la forma vietata. La causa sarebbe l'interesse attivo che spinge l'agente al reato: interesse da valutarsi in maniera oggettiva, è perciò da non confondersi con lo scopo. Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "*Antigiuridicità e cause di giustificazione*", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

del fatto al reo e alla sua imputabilità⁶⁴. Più nel dettaglio, l'elemento oggettivo è costituito, secondo i sostenitori di questa concezione⁶⁵, dalla condotta posta in essere dal reo, dall'evento cagionato – se previsto dalla norma incriminatrice – dal nesso eziologico che lega l'evento all'azione od omissione del reo, nonché dall'antigiuridicità del fatto commesso, in termini, ormai ben noti, di assenza di cause di giustificazione. L'elemento soggettivo, nella teoria che stiamo discutendo, comprende ogni profilo attinente alla sfera psicologica del reo, nei termini di capacità di intendere e di volere e di elemento soggettivo in senso stretto (dolo, colpa, preterintenzione o forme di responsabilità miste)⁶⁶. Anche qui l'Antolisei afferma che in ogni reato si può rinvenire un fatto materiale, e per essere più precisi un comportamento esteriore dell'uomo, perché il diritto è norma dell'operare, è regola di condotta, destinata a disciplinare i rapporti della vita sociale. Per conseguire i suoi fini lo Stato proibisce determinate azioni e ne prescrive altre. Un fatto esterno dell'uomo quindi, è sempre indispensabile perché si abbia reato⁶⁷. Ma nel reato vi è sempre un elemento di natura psichica: un atteggiamento della volontà che ha dato origine al fatto materiale. Il diritto è un complesso di imperativi che si dirigono agli uomini come esseri forniti di coscienza e volontà. La norma penale, di conseguenza, non viene violata se il fatto esterno non è espressione del volere del soggetto. Senza la partecipazione della volontà il reato non può esistere⁶⁸. La dicotomia prospettata ha un solido fondamento logico. Dato che l'uomo si compone di spirito e materia, in quel fatto umano che è il reato sono individuabili un elemento materiale o fisico ed un elemento morale o psichico. Questa distinzione si presentò alla mente dei criminalisti non appena si accinsero allo studio analitico del reato, e non poteva essere diversamente, dato il dualismo nella natura delle cose. La seguente bipartizione oltre ad avere una base logica risponde meglio alle esigenze della scienza del diritto, costruendo il fulcro del contenuto del reato attorno ai

⁶⁴ F. Mantovani, op. cit., pag. 120; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit., pag. 193; F. Antolisei, op. cit., pag. 196. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁶⁵ Per la bipartizione: Carrara, Manzini, Florian, Paoli, Rocco, Santoro, Ranieri, Antolisei, Pisapia, Nuvolone, Gallo M., Pagliaro, Bricola, Grosso, Marini, Fiorella, Caraccioli, Ronco, Giunta. Vedi F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "Antigiuridicità e cause di giustificazione", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁶⁶ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "Antigiuridicità e cause di giustificazione", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁶⁷ F. Mantovani, op. cit., pag. 120; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit., pag. 193; F. Antolisei, op. cit., pag. 196. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁶⁸ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "Antigiuridicità e cause di giustificazione", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

due poli, oggettivo e soggettivo (fatto materiale e volontà colpevole). Corrisponde anche alla necessità pratica della scienza giuridica, che si muove sempre su quel binario e mai ha sentito il bisogno di allontanarsene⁶⁹. La teoria bipartita è stata elaborata nell'ordinamento tedesco e si caratterizza per la netta ripartizione della struttura del reato tra elemento oggettivo e soggettivo: nel primo, come ben sappiamo, è ricompresa l'antigiuridicità⁷⁰. La natura negativa di questo presupposto, che consiste nell'assenza dell'elemento giustificativo, pone dei problemi sul piano dell'accertamento e del riparto dell'onere della prova. In forza, infatti, della presunzione di innocenza, prevista nel nostro ordinamento dall'art 27, comma secondo, Cost., spetta al Pubblico Ministero dimostrare la sussistenza del reato, ivi compresa l'assenza delle cause di giustificazione, secondo questa concezione⁷¹. Nella prova dell'elemento negativo, la relativa dimostrazione in giudizio assume carattere di *probatio diabolica*, dal momento che impone alla parte processuale onerata di prendere in considerazione ogni possibile causa di esclusione dell'antigiuridicità e dimostrarne la mancanza. Ulteriori profili problematici attengono all'operatività in materia penale del principio di legalità e dei suoi corollari, i quali impongono una fonte strettamente legislativa - fanno eccezione i casi di integrazione tecnico-scientifica - delle norme penali e non ammettono una formulazione vaga degli elementi costitutivi del reato, né tantomeno il ricorso all'analogia⁷². D'altronde sono molteplici i casi in cui il legislatore consente di escludere l'antigiuridicità della condotta che integri gli estremi di un reato, facendo ricorso ad altre branche dell'ordinamento - ovvero a fonti di rango secondario o consuetudinario (se si condivide questo orientamento dottrinale). La stessa formulazione delle *cause di giustificazione* comuni, disciplinate agli artt. 50 ss. c.p. fa ricorso spesso a clausole generali, che non rispondono appieno alle esigenze della fattispecie penale⁷³. Tali considerazioni hanno pertanto suggerito di espungere l'antigiuridicità dall'elemento oggettivo del reato e di assegnare a tale elemento

⁶⁹ F. Antolisei, op. cit., pag. 215; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; C. Roxin, "Antigiuridicità e cause di giustificazione", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁷⁰ F. Mantovani, op. cit., pag. 120; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit., pag. 193; F. Antolisei, op. cit., pag. 196. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁷¹ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "Antigiuridicità e cause di giustificazione", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁷² F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "Antigiuridicità e cause di giustificazione", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁷³ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "Antigiuridicità e cause di giustificazione", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

autonoma rilevanza nella struttura del reato. Ciò ha condotto alla struttura tricotomica dell'illecito penale, che affianca, come abbiamo precedentemente affermato, all'elemento oggettivo del reato, la tipicità, e all'elemento soggettivo, detto colpevolezza, un terzo ed autonomo elemento, consistente nell'antigiuridicità del reato⁷⁴. Dunque le cause di giustificazione assumono autonoma rilevanza nella struttura dell'illecito⁷⁵. La collocazione autonoma dell'*antigiuridicità* consente di giustificare la rilevanza legislativa assegnata alle fonti extra-penali, anche di rango secondario o estese analogicamente. Si superano, inoltre, così i problemi relativi al riparto dell'onere probatorio: secondo l'impostazione tripartita graverà quest'ultimo sulla pubblica accusa, in misura esclusiva o totale, con riferimento all'elemento oggettivo o soggettivo del reato, laddove, con riferimento all'antigiuridicità, spetterà all'imputato allegare l'esistenza di una causa di giustificazione, senza provarla, e rimettendo al p.m. l'onere di dimostrarne l'inesistenza⁷⁶. I sostenitori della teoria tripartita osservano che l'opposta teoria bipartita nasce in un ordinamento – tedesco – in cui non rileva espressamente l'errore del reo circa l'esistenza di una causa di giustificazione, con la necessità conseguente di attrarre l'antigiuridicità del fatto nell'elemento oggettivo del reato per consentire al reo di valersi della disposizione che, al contrario, riconosce rilevanza all'errore sul fatto, escludendo la responsabilità penale⁷⁷. Nel nostro ordinamento, diversamente, le due ipotesi di errore trovano autonoma e distinta disciplina, *ex artt.* 47 e 59 c.p.; il primo infatti assegna efficacia scusante all'errore incolpevole sul fatto, laddove l'art. 59 c.p. consente al reo di beneficiare dell'effetto scriminante delle cause di giustificazione che questi abbia ritenuto sussistenti per un errore incolpevole⁷⁸. Attenendoci al dettato della disposizione dell'art. 59, ultimo comma, c.p., è dunque possibile assegnare autonomamente rilevanza all'antigiuridicità, non essendo necessario riferire tale elemento costitutivo all'elemento oggettivo del reato perché l'errore incolpevole del reo possa escludere la punibilità. Inoltre,

⁷⁴ F. Mantovani, *op. cit.*, pag. 120; G. Fiandaca- E. Musco, *op. cit.*, pag. 193; F. Antolisei, *op. cit.*, pag. 196. F. Caringella- A. Salerno, *op. cit.*, pag. 450.

⁷⁵ G. Fiandaca- E. Musco, “*Diritto penale. Parte Generale*”, Bologna, 2018, 267; F. Mantovani, “*Diritto penale*”, Milano, 2019, 233; F. Antolisei, “*Manuale di diritto penale*”, Milano, 2018, 196; Padovani, “*Diritto penale*”, Milano, 2019; C. Roxin, “*Antigiuridicità e cause di giustificazione*”, Napoli, 1996, 87.

⁷⁶ F. Mantovani, *op. cit.*, pag. 100. ss.; G. Fiandaca- E. Musco, *op. cit.* pag. 157 ss.; F. Antolisei, *op. cit.*, 196 ss.; C. Roxin, “*Antigiuridicità e cause di giustificazione*”, Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, *op. cit.*, pag. 450.

⁷⁷ F. Mantovani, *op. cit.*, pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, *op. cit.* pag. 157 ss.; F. Antolisei, *op. cit.*, 196 ss.; C. Roxin, “*Antigiuridicità e cause di giustificazione*”, Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, *op. cit.*, pag. 450.

⁷⁸ F. Mantovani, *op. cit.*, pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, *op. cit.* pag. 157 ss.; F. Antolisei, *op. cit.*, 196 ss.; C. Roxin, “*Antigiuridicità e cause di giustificazione*”, Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, *op. cit.*, pag. 450.

nell'accertamento della responsabilità penale il giudice è chiamato dapprima a verificare la sussistenza della tipicità del reato e solo in un momento successivo, che presuppone l'integrazione degli elementi costitutivi della condotta criminosa, procede a verificare se sussista o meno una causa di giustificazione⁷⁹. Infine, anche il Codice di procedura penale, all'art. 530, disciplina in autonoma sede la sentenza di assoluzione per mancanza di antigiuridicità o di dubbio in merito alla sussistenza di una causa di antigiuridicità, prevedendo al terzo comma che *“Se vi è la prova che il fatto è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione o di una causa personale di non punibilità ovvero vi è dubbio sull'esistenza delle stesse, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione”*⁸⁰. Diversamente l'insussistenza del fatto, inteso come elemento oggettivo del reato, è disciplinata ai commi primo e secondo dell'art. 530 c.p.p.; è necessario evidenziare che il secondo comma dell'articolo in questione prevede l'assoluzione quando *“manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che il fatto sussiste”*, laddove il terzo comma fa riferimento al mero dubbio circa l'esistenza della causa di giustificazione⁸¹. La diversa formulazione delle citate disposizioni processuali conferma dunque l'autonomia e la distinzione tra tipicità ed antigiuridicità, evidenziando il diverso regime processuale dell'accertamento del fatto rispetto all'esistenza di una causa di giustificazione: la pubblica accusa è infatti tenuta a provare, al di là di ogni ragionevole dubbio - *ex art. 533 c.p.p.* - la responsabilità penale del reo, compresa la tipicità del fatto commesso (cioè la sussistenza in concreto di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie penale astratta); diversamente, con riferimento alle cause di giustificazione, la prova richiesta al Pubblico Ministero è in negativo ed è volta a dimostrare l'inesistenza delle scriminanti che l'imputato adduca a propria difesa; in questo caso, dunque, solo la piena prova e non il solo superamento del ragionevole dubbio circa l'assenza di una causa scriminante potrà condurre ad una sentenza di condanna, dovendo altrimenti emettersi una sentenza di assoluzione ai sensi dell'art. 530 c.p.p.⁸² La giurisprudenza, specie di legittimità, su tutt'altro versante, non ha preso

⁷⁹ F. Mantovani, op. cit., pag. 120; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit., pag. 193; F. Antolisei, op. cit., pag. 196. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁸⁰ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, *“Antigiuridicità e cause di giustificazione”*, Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁸¹ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, *“Antigiuridicità e cause di giustificazione”*, Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁸² F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, *“Antigiuridicità e cause di giustificazione”*, Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

una posizione decisiva in merito alla struttura del reato: nel 1995 la Corte di Cassazione si limitava a far cenno all'antigiuridicità, prospettando in via ipotetica l'autonomia dell'antigiuridicità *“per chi accetta la teoria tripartita, che non ha avuto seguito in giurisprudenza”* (Cass.16 novembre 1995, 11240), ma vent'anni più tardi ha riconosciuto tale impostazione come alternativa alla teoria bipartita, contrapponendo all'elemento oggettivo la nozione di fatto tipico *“se si accede alla concezione tripartita”* (Cass. 6 febbraio 2007, n. 4675)⁸³. Altri recenti interventi sono seguiti con la sentenza del 21 luglio del 1978 n. 9991, della prima sezione, in cui si afferma che *“le cause di giustificazione si configurano come elementi negativi di un reato perfetto in tutti i suoi aspetti (tipicità, antigiuridicità e colpevolezza)”*, così aderendo alla teoria predetta; nel mentre la Corte aveva già manifestato l'adesione con la sentenza n. 2161, del 7 marzo del 1970, contrapponendo la *“categoria delle cause di non punibilità in senso stretto, correlata a presupposti non riconducibili al reato, e cioè nella categoria di quelle cause che per particolari ragioni di politica criminale esimono il reo dalla responsabilità penale e dalla pena (cosiddette condizioni negative di punibilità)”* a *“quelle elaborate sulla base degli elementi costitutivi del reato, delle cause di esclusione del fatto o della tipicità, di esclusione dell'antigiuridicità (cause di giustificazione), e di esclusione della colpevolezza (scusanti o scriminanti)”*⁸⁴.

1.1 La tipicità

La presente trattazione segue lo schema tripartito, distinguendo tra tipicità, antigiuridicità e colpevolezza. La tipicità del reato attiene all'elemento oggettivo dell'illecito penale, ma, a differenza della teoria bipartita, non ricomprende l'elemento dell'antigiuridicità. Secondo la condivisa teoria tripartita, il fatto tipico si compone dell'insieme degli elementi costitutivi del reato, individuati dal legislatore nel descrivere la fattispecie criminosa. Solo in presenza di ciascuno di essi il fatto tipico può ritenersi

⁸³ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, *“Antigiuridicità e cause di giustificazione”*, Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁸⁴ F. Caringella- A. Salerno, *“Manuale ragionato di diritto penale”*, Roma, 2019, pag. 513 ss.; G. Conso- V. Grevi-M. Bargis, *“Compendio di procedura penale”*, Padova, 2018, 739 ss.; Antolisei, *“Manuale di diritto penale”*, Milano, 2018, 196; C. Roxin, *“Antigiuridicità e cause di giustificazione”*, Napoli, 1996, pag. 87 ss.

integrato, consentendo al giudice di procedere all'accertamento dell'antigiuridicità e della colpevolezza del reo⁸⁵. Un esempio può consentire la miglior comprensione della nozione del fatto tipico: l'art. 575 c.p. punisce con la pena della reclusione non inferiore ad anni ventuno “*chiunque cagiona la morte di un uomo*”⁸⁶; a fronte di un'imputazione di omicidio, dunque, il giudice dovrà accertare che l'imputato abbia cagionato la morte della persona offesa; occorre dimostrare in giudizio, nel contraddittorio tra le parti, la sussistenza degli elementi costitutivi del delitto di omicidio, e, in specie, la condotta dell'imputato che si assume essere causativa della morte della persona offesa, nonché l'effettivo decesso della vittima, e l'imputabilità sul piano oggettivo dell'evento morte alla condotta dell'imputato (nesso causale). Successivamente all'aver verificato la sussistenza dei suddetti elementi costitutivi del fatto tipico, cioè della fattispecie criminosa nel suo elemento oggettivo, lo “*iudex*”, ovvero il giudice, potrà valutare se l'imputato abbia agito in presenza di una causa di giustificazione (nel caso dello stato di necessità, uso legittimo delle armi e legittima difesa) e se sussista in capo allo stesso soggetto l'imputabilità (capacità di intendere e di volere) e l'elemento soggettivo (doloso, colposo o preterintenzionale a seconda del capo d'imputazione)⁸⁷. Pertanto il fatto tipico è rappresentato dagli eventi storico-materiali che il legislatore punisce come reato e ricomprende ogni elemento costitutivo della fattispecie criminosa⁸⁸. Non bisogna, tuttavia, considerare che la tipicità costituisca un elemento autonomo e separato, indifferente, alle componenti dell'antigiuridicità e della colpevolezza, poiché la ripartizione della struttura del reato rappresenta esclusivamente lo strumento analitico che agevola il magistrato ed il difensore in sede di interpretazione e di accertamento degli elementi costitutivi della fattispecie criminosa, pur quest'ultima restando un fenomeno unitario, come dimostrando le interferenze tra le tre fondamentali componenti. Si pensi alla rilevanza, ad esempio, che assume il consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica, che può operare quale scriminante della condotta del

⁸⁵ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, “*Antigiuridicità e cause di giustificazione*”, Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁸⁶ Fiandaca- Musco, “*Diritto penale, Parte speciale*”, Bologna, 2018, pag. 1. Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, “*Antigiuridicità e cause di giustificazione*”, Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁸⁷ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, “*Antigiuridicità e cause di giustificazione*”, Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁸⁸ F. Mantovani, “*Diritto penale*”, Milano, 2019, pag. 120; G. Fiandaca- E. Musco, “*Diritto penale. Parte generale*”, Bologna, 2018, pag. 193; F. Antolisei, “*Manuale di diritto penale. Parte generale*”, Milano, 2018, pag. 196. F. Caringella- A. Salerno, “*Manuale ragionato di diritto penale*”, Roma, 2019, pag. 450.

sanitario che abbia cagionato lesioni al paziente ovvero come elemento costitutivo, in negativo, con rilevanti conseguenze pratiche a seconda dell'impostazione a cui si aderisce⁸⁹. Più intensa è l'interferenza tra la tipicità e la colpevolezza, stante la duplice funzione che l'elemento soggettivo del reato svolge nella fattispecie incriminatrice: si può addurre come esempio il richiamo alle fattispecie con cui si puniscono le lesioni e l'omicidio, rispetto ai quali il legislatore ha autonomamente disciplinato le ipotesi criminose dolose (intenzionali, di cui agli artt. 582 e 575 c.p.) rispetto alle medesime in forma colposa (*ex* artt. 589 e 590 c.p., cui si aggiunge l'art. 584 c.p. per l'omicidio preterintenzionale)⁹⁰. Il diverso atteggiarsi dell'elemento soggettivo rileva già sul piano della tipicità del reato e comporta la contestazione di una diversa fattispecie criminosa e, dunque, l'accertamento di elementi costitutivi diversi a seconda che si tratti di omicidio, per esempio colposo, doloso e preterintenzionale⁹¹. Tuttavia, la tipicità del reato e gli elementi costitutivi della fattispecie penale utilizzati per descrivere il fatto tipico comportano conseguenze sul piano della colpevolezza, specie in sede di accertamento dell'elemento soggettivo del reato e sulla possibilità di invocare una causa di giustificazione (ad esempio il consenso dell'avente diritto non può sortire effetto alcuno in caso di condotte che ledono un bene indisponibile)⁹². Come si è già avuto modo di evidenziare, l'ordinamento penale richiede, perché possa prevedersi la punizione di un reato e quindi pervenirsi ad una sentenza di condanna, che questo si sostanzi in un fatto idoneo ad offendere un bene giuridico meritevole di tutela penale (e quindi costituzionalmente rilevante, almeno implicitamente)⁹³. La stessa Carta costituzionale, all'art. 25, secondo comma, fa espresso riferimento ad un "fatto", che sia stato commesso prima dell'entrata in vigore della legge che punisce. Allo stesso modo, il Codice penale, recependo il noto brocardo "*cogitationis poenam nemo patitur*", secondo cui nessuno può subire una pena esclusivamente per le proprie intenzioni,

⁸⁹ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "*Antigiuridicità e cause di giustificazione*", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁹⁰ G. Fiandaca- E. Musco, "*Diritto penale, Parte speciale. I delitti contro la persona*", Bologna, 2018, pag. 1 ss. Vedi F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "*Antigiuridicità e cause di giustificazione*", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁹¹ F. Mantovani, op. cit., pag. 120; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit., pag. 193; F. Antolisei, op. cit., pag. 196. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁹² F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "*Antigiuridicità e cause di giustificazione*", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁹³ F. Mantovani, "*Diritto penale*", Milano, 2019, 233 ss. ; G. Fiandaca- E. Musco, "*Diritto penale. Parte generale*", Bologna, 2018, 267; F. Antolisei, "*Manuale di diritto penale. Parte generale*", Milano, 2018, 196 ss.; C. Roxin, "*Antigiuridicità e cause di giustificazione*", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

esclude, ai sensi dell'art. 115, secondo comma, che il mero accordo finalizzato alla commissione di un delitto possa essere punito se non viene materialmente eseguito. Pertanto nell'ordinamento penale non è possibile punire le mere intenzioni dell'individuo, occorrendo che la sua volontà criminosa si estrinsechi in un comportamento materiale, realizzando il "fatto" previsto dalla legge come reato⁹⁴. Questo fatto, dunque, deve venire ad esistenza e deve essere riconducibile ad un comportamento del reo, dal momento che il nostro sistema penale non ammette forme di responsabilità per fatto altrui o di carattere strettamente oggettivo (non può attribuirsi responsabilità penale ad un soggetto per un fatto che non sia ad esso imputabile, oggettivamente e soggettivamente)⁹⁵.

1.1.1 Reati di mera condotta e reati d'evento

La condotta del reo può assumere diverse caratteristiche a seconda della fattispecie criminosa in questione: distinguiamo i "reati di mera condotta" e i "reati evento", i "reati in forma attiva" ed in "forma omissiva"⁹⁶. Il comportamento del reo, infatti, può assumere autonoma rilevanza penale o essere punita in quanto causativa di conseguenze ulteriori; inoltre il comportamento sanzionato può consistere in una azione ovvero omissione, a seconda che si contesti al reo di aver posto in essere una condotta da cui avrebbe dovuto astenersi ovvero di aver omissso di compiere un'azione che era tenuto a realizzare⁹⁷. Per quanto riguarda l'azione si è posto il problema di stabilire se debba accogliersi la concezione naturalistica - quale complesso di movimenti materiali del reo - ovvero normativo - in termini di comportamento descritto dal legislatore.

⁹⁴ F. Mantovani, *"Diritto penale"*, Milano, 2019, 233; Fiandaca-Musco, *"Diritto penale. Parte generale"*, Bologna, 2018, 267; F. Antolisei, *"Manuale di diritto penale. Parte generale"*, Milano, 2018, 196; C. Roxin, *"Antigiuridicità e cause di giustificazione"*, Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁹⁵ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, *"Antigiuridicità e cause di giustificazione"*, Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁹⁶ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, *"Antigiuridicità e cause di giustificazione"*, Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁹⁷ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, *"Antigiuridicità e cause di giustificazione"*, Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

Condividendo l'accezione naturalistica dell'azione, il problema che si pone è quello di stabilire quale, tra la pluralità di comportamenti tenuti dal reo nella preparazione ed esecuzione del reato, possa considerarsi come azione autonoma e penalmente rilevante. Le incertezze di questa tesi hanno consentito l'affermarsi dell'opposto orientamento, che assegna rilevanza ai soli comportamenti che corrispondono alla condotta tipizzata: l'azione viene intesa dunque nella sua accezione normativa, come condotta legislativamente descritta⁹⁸. L'accezione normativa di azione consente dunque di selezionare, tra le plurime azioni materiali del reo, quelle effettivamente rilevanti ai fini dell'accertamento del reato e dell'affermazione della responsabilità penale. La condotta del reo, omissiva o attiva che essa sia, corrispondente alla condotta descritta dal legislatore, in senso normativo, può assumere rilevanza penale o costituisce il presupposto causale dell'evento necessario per integrare la fattispecie criminosa⁹⁹. Nella prima ipotesi il reato è di "mera condotta", dal momento che la legge punisce la sola realizzazione della condotta, ritenuta idonea a ledere o ad esporre a pericolo il bene giuridico tutelato: esempi di reati di mera condotta sono le fattispecie di cui agli artt. 609 *bis* o 385 c.p., le quali puniscono rispettivamente i delitti di violenza sessuale o evasione¹⁰⁰; Diversamente nei "reati d'evento", la condotta del reo non è da sola sufficiente ad integrare gli estremi del reato, occorrendo invece che la stessa abbia determinato il verificarsi di un evento, autonomo e distinto rispetto al comportamento del reo. È la sola causazione dell'evento che consentirà di ritenere perfezionato il reato e

⁹⁸ G. Fiandaca- E. Musco, *"Diritto penale. Parte generale"*, Bologna, 2018, pag 170 ss.; si prenda l'esempio di plurimi comportamenti di un sicario che si reca presso un ricettatore di armi, acquista un fucile e le annesse munizioni e successivamente affitti sotto falso nome un appartamento nelle immediate vicinanze dell'abitazione della vittima, contro cui, dopo una lunga osservazione delle abitudini di quest'ultima, esplosa un colpo che ne cagiona la morte colpendola al petto; queste condotte, anche se autonome e distanziate temporalmente, non rilevano ai fini della condanna del soggetto per omicidio- assumendo al più rilevanza in termini di premeditazione- dal momento che il legislatore richiede al giudice di focalizzare l'accertamento sulla condotta che *"cagiona la morte di un uomo"*: ne deriva che l'azione, in questo caso, va individuata nel comportamento che ha causato il decesso e quindi nella esplosione di un colpo d'arma da fuoco che raggiunto la testa della vittima; F. Mantovani, *"Diritto penale"*, Milano, 2019, 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, *"Antigiuridicità e cause di giustificazione"*, Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

⁹⁹ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, *"Antigiuridicità e cause di giustificazione"*, Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

¹⁰⁰ G. Fiandaca- E. Musco, *"Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona."*, Bologna, 2018, pag. 243 ss.; F. Caringella- A. Salerno, *"Manuale ragionato di diritto penale"*, Roma, 2019, 513 ss.; nel primo caso il legislatore assegna rilevanza penale alla condotta violativa della libertà sessuale consistente nella costrizione, con violenza o minaccia, a compiere o subire atti sessuali; nel secondo caso, invece, è punita la condotta di evasione, cioè di volontaria sottrazione all'esecuzione di una misura restrittiva, da parte di chi sia legalmente arrestato o detenuto.

di affermare la responsabilità del reo¹⁰¹. La distinzione tra i reati d'evento e i reati di condotta non è sempre agevole, per la formulazione delle norme incriminatrici spesso priva di chiarezza¹⁰². Al di là di ciò, da evidenziare è il criterio adottato per qualificare l'illecito come reato d'evento invece che di mera condotta va rinvenuto nell'autonomia tra il comportamento che costituisce la condotta del reo e le sue conseguenze: quando queste ultime rappresentano una conseguenza distinta ed ulteriore rispetto alla condotta del reo potrà infatti ritenersi che il legislatore abbia richiesto il verificarsi di un evento per il perfezionamento della fattispecie di reato. Questo non avviene quando pur a fronte di un mutamento della realtà giuridica e materiale, quest'ultimo derivi e sia connaturato alla condotta dal reo¹⁰³; Quindi anche in relazione alla nozione di evento bisogna far riferimento al dato normativo della descrizione del reato. La corretta identificazione, infatti, dell'evento del reato assume una cruciale importanza nel determinare i termini del nesso eziologico, che permette di imputare l'evento, sul piano oggettivo, alla condotta del reo. Inoltre altro elemento discusso è il significato da attribuire al termine "evento"¹⁰⁴, che il legislatore ha voluto accogliere nel dettare la disciplina della struttura del reato, e del nesso causale. Tornando all'esame della condotta del reo, la quale è un elemento indefettibile della fattispecie criminosa, vi è un'altra distinzione che è necessario introdurre: reati in forma omissiva e commissiva.

¹⁰¹ Un chiaro esempio è rappresentato dalla fattispecie dell'omicidio, di cui all'art. 575 c.p., che punisce chiunque "cagiona la morte di un uomo", incentrando il disvalore della condotta proprio sulla causazione dell'evento-morte; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 513 ss.

¹⁰² A titolo di esempio, l'ingiuria, prima delle depenalizzazione nel 2016, è stato oggetto di attenzione, come delitto, da parte della dottrina penale in merito alla possibilità di qualificare il reato come reato di evento o condotta. Il previgente art 594 c.p. puniva "Chiunque offende l'onore o il decoro di una persona". Pertanto la condotta criminosa consisteva nell'offesa altrui, idonea a ledere l'onore ed il decoro della persona offesa realizzata da parte del reo, in via diretta e immediata, o attraverso l'uso del mezzo telefonico, telegrafico, ovvero con scritti e disegni diretti alla persona offesa. Le possibili modalità previste dalla norma hanno indotto parte della dottrina a considerare la fattispecie in discussione come reato d'evento quando la percezione da parte della vittima delle espressioni offensive del suo decoro od onore non avvenisse contestualmente all'esternazione dell'offesa. F. Caringella- A. Salerno, "Manuale ragionato di diritto penale", Roma, 2019, 513 ss.

¹⁰³ Si pensi al detenuto che evade dal carcere e che a seguito della condotta evasiva si trovi in uno stato materiale di libertà. Esso è sì un evento del reato, ma non come conseguenza, bensì connaturato ed intrinseco alla condotta. Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "Antigiuridicità e cause di giustificazione", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

¹⁰⁴ G. Fiandaca- E. Musco, "Diritto penale. Parte generale", Bologna, 2018, pag. 208; F. Mantovani, "Diritto penale", Milano, 2019, 233; F. Antolisei, "Manuale di diritto penale. Parte generale", Milano, 2018, 196; C. Roxin, "Antigiuridicità e cause di giustificazione", Napoli, 1996, 87 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

1.1.2 Reati commissivi ed omissivi

Sono i reati in forma attiva quelli consistenti in un “*facere*” del reo, che pone in essere un comportamento attivo penalmente sanzionato; i reati in forma omissiva avrebbero invece ad oggetto un “*non facere*”, ossia un comportamento negativo. A tale impostazione, che considera l’omissione come dato naturalistico, in termini di non azione o inerzia, è stato opposto che il reo, anche nei reati omissivi, non si limita a non agire, ma molto spesso, agisce diversamente, tenendo cioè un comportamento diverso rispetto alla condotta prescritta¹⁰⁵; Per tale motivo si è abbandonata l’accezione c.d. naturalistica o materiale di omissione, facendo leva sul dato normativo, che, nei reati omissivi, prescrive in maniera espressa o implicita, in base alla formulazione della norma incriminatrice, di tenere un determinato comportamento, in mancanza del quale il soggetto si rende responsabile del reato¹⁰⁶. Secondo l’impostazione normativa, l’omissione non si sostanzia in una inerzia, ma nel mancato adempimento all’obbligo di tenere il comportamento dovuto. In sintesi, i reati di azione consistono in una condotta attiva che viola un precetto normativo di divieto, mentre i reati omissivi sanzionano il mancato adempimento dell’obbligo di tenere un comportamento imposto dal legislatore in presenza di determinati presupposti¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Si pensi ad uno dei reati omissivi per antonomasia, l’omissione di soccorso, punita ai sensi dell’art. 593 c.p.: il delitto punisce, ai sensi del secondo comma, chiunque, trovando un corpo umano che sia o sembri inanimato, ovvero una persona ferita o altrimenti in pericolo, ometta di prestare assistenza o di darne immediato avviso all’Autorità. G. Fiandaca- E. Musco, “*Diritto penale. Parte generale*”, Bologna, 2018, 267 ss.; per i reati omissivi si veda: O. Vannini, “*I reati commissivi mediante omissione*”; G. Grasso, “*Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*”; A. Cadoppi, “*La distinzione fra reato omissivo proprio ed improprio*”, *Rilievi critici*, in *Studi parmensi*.

¹⁰⁶ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, “*Antigiuridicità e cause di giustificazione*”, Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

¹⁰⁷ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, “*Antigiuridicità e cause di giustificazione*”, Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

1.1.3 I reati omissivi propri ed impropri

Approfondendo l'ambito dei reati omissivi, si distingue a seconda che il legislatore penale punisca la mera omissione da parte del reo ovvero la causazione di un evento in ragione della condotta omissiva. Nel primo caso non occorre che il mancato compimento dell'azione dovuta abbia determinato la causazione dell'evento, necessario è invece nei reati omissivi d'evento, definiti "commissivi mediante omissione"¹⁰⁸. Infatti mentre nei reati omissivi di mera condotta, il legislatore descrive compiutamente, per il principio di tassatività, i presupposti dell'obbligo di agire e il comportamento a cui è tenuto il reo, nei reati omissivi in cui è richiesta la causazione di un evento è possibile registrare due diverse modalità di descrizione del reato¹⁰⁹. Non sempre tuttavia il legislatore individua espressamente l'obbligo di agire: il Codice penale all'art. 40 prevede in via generale che "*che non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*". La norma in questione è definita dalla dottrina e dalla giurisprudenza "clausola di equivalenza", poiché equipara la causazione di un evento al mancato impedimento del medesimo, quando sul reo gravi l'obbligo giuridico di impedirlo. Sulla scorta di quanto detto, è possibile allora affermare che un soggetto è responsabile penalmente se, gravato dall'obbligo di impedire un evento, non si sia attivato in tal senso; qui il legislatore non ha costruito la fattispecie omissiva ma ha optato per il combinato disposto tra una norma incriminatrice d'evento e la clausola di equivalenza ex art. 40, comma secondo, che consente, a determinate condizioni, di convertire il reato d'evento in forma omissiva¹¹⁰. Una parte della dottrina assegna rilevanza alla diversa tecnica descrittiva dei reati omissivi d'evento, definendo i primi come reati omissivi propri e qualificando come reati omissivi impropri le fattispecie che richiedono il ricorso alla clausola di equivalenza ex art. 40, 2° comma c.p. Diversa impostazione fonda la distinzione tra reati omissivi propri ed impropri sulla struttura

¹⁰⁸ Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "*Antigiuridicità e cause di giustificazione*", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

¹⁰⁹ Una prima è rappresentata dall'art 659 c.p., che nel punire il disturbo del riposo delle persone, sanziona chiunque "*non impedendo strepiti di animali, disturba le occupazioni o il riposo delle persone*": il legislatore descrive puntualmente i requisiti in presenza dei quali il reo è tenuto ad attivarsi per impedire il verificarsi dell'evento, nonché l'evento da impedire. F. Caringella- A. Salerno, "*Manuale ragionato di diritto penale*", Roma, 2019, 513 ss.

¹¹⁰ Si pensi all'omicidio causato attraverso l'omesso impedimento della morte di una persona di cui il reo abbia la responsabilità (nel caso dei genitori rispetto ai figli minori). Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "*Antigiuridicità e cause di giustificazione*", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

della fattispecie penale, a seconda che il legislatore abbia richiesto o meno l'impedimento di un evento o abbia sanzionato la mera condotta omissiva. Un'autorevole dottrina¹¹¹ ha al riguardo evidenziato che, alla luce della peculiare disciplina dell'art. 40 e delle rilevanti implicazioni pratiche che derivano dal ricorso a questa clausola, specie in sede di accertamento del presupposto del reato, è opportuno adottare quale criterio distintivo tra le due categorie, quello inerente alla tecnica di formulazione normativa; può affermarsi che i reati omissivi impropri sono tutti reati d'evento, poiché tutti si caratterizzano per il ricorso alla norma generale di cui all'art. 40, secondo comma, c.p., anche se non è corretto considerare tutti i reati d'evento come reati omissivi impropri, dato che esistono fattispecie omissive d'evento espressamente e puntualmente tipizzate dal legislatore, senza necessità di far ricorso alla clausola dell'equivalenza (come la contravvenzione del 659 c.p.)¹¹².

1.1.4 I reati commissivi mediante omissione

È necessario soffermarsi sull'applicazione del secondo comma dell'art. 40 c.p., considerando che da questa categoria può iniziare a delinearsi, anche se ancora flebilmente, la figura del protagonista della trattazione. La norma in questione equipara la causazione dell'evento al mancato impedimento dello stesso quando sul reo gravi un obbligo giuridico di impedirlo¹¹³. Pertanto, quando occorre procedere alla verifica della responsabilità penale per un reato omissivo improprio bisogna accertare, da un lato, che il reo fosse obbligato giuridicamente ad impedire l'evento, e dall'altro, che la sua

¹¹¹ In tal senso Fiandaca e Musco. Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "Antigiuridicità e cause di giustificazione", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

¹¹² Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "Antigiuridicità e cause di giustificazione", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

¹¹³ F. Mantovani, op. cit., pag. 120; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit., pag. 193; F. Antolisei, op. cit., pag. 196. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

condotta omissiva abbia effettivamente cagionato questo¹¹⁴. Per quanto riguarda le analogie e le differenze esistenti rispetto ai reati omissivi impropri, in entrambi i casi sussiste l'obbligo giuridico di agire: tuttavia, nel caso dei reati omissivi propri il legislatore individua espressamente, nella norma incriminatrice, i presupposti in presenza dei quali il reo è tenuto a porre in essere l'azione, in assenza dei quali il reato non si perfeziona. In siffatte ipotesi, dunque, occorre accertare che la situazione tipica da cui deriva l'obbligo di agire, penalmente sanzionato, sussista nella realtà materiale e che il reo ne abbia avuta effettiva e corretta percezione, determinandosi in maniera consapevole all'omissione¹¹⁵. Diversamente, nei reati omissivi impropri, il dovere giuridico non viene esplicitato dal legislatore, né la fattispecie penale è formulata in forma omissiva: l'interprete è chiamato ad operare un combinato disposto tra la norma incriminatrice che prevede un reato d'evento, in forma attiva, e la clausola di equivalenza menzionata, che consente di convertire il reato in forma attiva in un reato in forma omissiva¹¹⁶. Il ricorso all'art 40 c.p., inoltre, impone di accertare l'esistenza in capo al reo di un obbligo giuridico di impedire l'evento, attraverso il ricorso a norme ulteriori e distinte rispetto a quella incriminatrice e da ciò deriva una c.d. posizione di garanzia¹¹⁷, la quale presuppone che il reato d'evento in forma attiva possa essere "convertito" in un reato omissivo improprio. Quindi occorre verificare se l'art. 40, 2° comma, del c.p. possa operare con riferimento alla fattispecie criminosa prevista dal legislatore in forma attiva. Non è sempre possibile affermare una generale ed indiscriminata compatibilità di ogni fattispecie d'evento con il disposto dell'art. 40, comma secondo c.p.: perché possa trovare applicazione la norma richiede infatti che la condotta descritta dal legislatore nella fattispecie penale in forma attiva possa essere

¹¹⁴ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "Antigiuridicità e cause di giustificazione", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

¹¹⁵ Basta pensare all'omissione di soccorso in cui il reo deve avere percezione della situazione di pericolo e difficoltà in cui il terzo versa. Sull'essenza dell'omissione sono sorte difficoltà nella dottrina: V. Bonucci, *L'omissione nel sistema giuridico*, Perugia, 1911; O. Vannini, "I reati commissivi mediante omissione", Roma, 1916; F. Carnelutti, "Illiceità penale dell'omissione", in *Annali*, 1993; F. Grispigni, "L'omissione nel dir. pen", in *Riv. it.*, 1934; T. Padovani, "La condotta omissiva nel quadro della legittima difesa", in *Riv. it.*, 1970; A. Cadoppi, "La distinzione fra reato omissivo proprio ed un improprio", *Rilievi critici*, in *Studi parmensi*. Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "Antigiuridicità e cause di giustificazione", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

¹¹⁶ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "Antigiuridicità e cause di giustificazione", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

¹¹⁷ Tale per cui è tenuto ad impedire il verificarsi dell'evento. Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "Antigiuridicità e cause di giustificazione", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

indistintamente realizzata dal reo mediante azione od omissione¹¹⁸. La non rilevanza sul piano della responsabilità penale consente dunque di affermare la compatibilità dei reati causali puri con la clausola dell'equivalenza di cui all'art. 40. Quando invece il legislatore non sanziona la semplice causazione di un evento ma richieda determinate modalità di commissione del reato in forma attiva perché si possa muovere un rimprovero al reo¹¹⁹ e si fa ricorso a diverse rispetto a quelle tipizzate allora il soggetto non potrà essere punito, con conseguente impossibilità di convertire il reato in questione in una fattispecie d'evento in forma omissiva¹²⁰. Non deve, però, ritenersi che l'espressa descrizione delle modalità di causazione dell'evento rappresenti un elemento di per sé ostativo all'applicazione della clausola dell'equivalenza¹²¹. Questo è infatti avvenuto per le due fattispecie del favoreggiamento e della truffa¹²². La dettagliata formulazione della condotta criminosa ha indotto dottrina e giurisprudenza a qualificare il delitto come reato di mera condotta, consistente negli artifici e raggiri posti in essere a vantaggio del reo e con danno alla persona offesa; la giurisprudenza ha tuttavia reinterpretato la disposizione incriminatrice, ponendo la propria attenzione sull'induzione in errore della persona offesa ed affermando che alla condotta truffaldina, realizzata mediante artifici o raggiri¹²³, debba seguire un triplice ordine di eventi, consistenti innanzitutto nell'errore della persona offesa, nonché nel profitto ingiusto e

¹¹⁸ Il problema non si pone, dunque, in riferimento ai "reati causali puri", in cui il legislatore sanziona la causazione dell'evento, a prescindere dalle concrete modalità di condotta: sono questi i reati in cui il disvalore penale è incentrato esclusivamente sulla causazione dell'evento, che consentono di punire qualsiasi condotta ne abbia determinato il verificarsi; si tratta di una tecnica descrittiva volta ad espandere il più possibile la tutela del bene giuridico protetto (come nel tipico caso dell'omicidio, in cui la condotta si sostanzia nella causazione della morte di un uomo, in modo tale da garantire la più ampia tutela penale al bene vita). Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "Antigiuridicità e cause di giustificazione", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

¹¹⁹ Si pensi al delitto di epidemia, di cui all'art. 438 c.p., in cui il legislatore punisce "chiunque cagiona un'epidemia", ma richiede al contempo che la causazione dell'epidemia avvenga "mediante la diffusione di agenti patogeni". G. Fiandaca- E. Musco, op. cit., 267. Si veda di F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "Antigiuridicità e cause di giustificazione", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

¹²⁰ Ne deriva che la causazione dell'epidemia attraverso modalità diverse rispetto a quelle legislativamente previste non consentirà di punire ex art. 438 c.p. Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, "Antigiuridicità e cause di giustificazione", Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

¹²¹ La giurisprudenza ha infatti evidenziato che, in presenza di una condotta puntualmente descritta dal legislatore, è ravvisabile la responsabilità del reo in forma omissiva, ai sensi dell'art. 40, secondo comma, c.p., quando tali modalità risultino comunque compatibili con la realizzazione del reato mediante omissione. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹²² Il primo delitto, disciplinato ex art. 640 c.p., punisce "Chiunque, con artifici e raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno". Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹²³ I primi consistenti nell'alterazione materiale della realtà ed i secondi in una condotta di carattere psicologico-comunicativa; G. Fiandaca- E. Musco, "Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona", Bologna, 2018, 174 ss. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

nell'altrui danno¹²⁴. Chiarita la natura del reato d'evento in relazione al delitto di truffa si è posto il problema della rilevanza penale dell'errore altrui, insieme all'ingiusto profitto e danno alla persona offesa, cagionato mediante silenzio; parte della dottrina e della giurisprudenza hanno infatti ritenuto che la formulazione della norma incriminatrice, richiedendo la realizzazione di artifici o raggiri, imponesse una condotta attiva del reo, impedendo quindi di sanzionare il mero silenzio; si discuteva inoltre dell'esistenza di un obbligo giuridico di impedire l'altrui errore, necessario ai fini dell'art. 40, 2° comma, c.p. L'opposto orientamento della giurisprudenza di legittimità¹²⁵ ha tuttavia evidenziato che *“anche il silenzio maliziosamente serbato su alcune circostanze da parte di chi abbia il dovere di farle conoscere”* possa integrare gli estremi del reato di truffa, *sub specie* raggiri. Questa soluzione è stata confermata nel 2013 con sentenza n. 51136 e si fonda sulla riconosciuta compatibilità tra le modalità della condotta tipizzate dal legislatore e la causazione in forma omissiva dell'evento, individuando, nel caso di specie, l'obbligo giuridico di impedirlo nel generale dovere di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375, i quali richiedono l'adempimento di doveri informativi da parte del contraente¹²⁶. La giurisprudenza di legittimità è pervenuta alle medesime conclusioni ed attraverso un percorso argomentativo analogo in relazione al delitto di favoreggiamento personale¹²⁷. Anche in questo caso, a fronte di un consolidato orientamento che qualificava il delitto come reato di mera condotta, il quale punisce l'aiuto offerto al terzo indagato, la Corte di Cassazione, con sentenza n. 21832 del 2007, ha qualificato la fattispecie penale come reato d'evento e si è quindi pronunciata in merito alla possibilità di integrare il delitto in forma omissiva¹²⁸. Sulla base di questi presupposti è stata pertanto ritenuta punibile la condotta dell'acquirente di sostanza stupefacente che, sentito come persona informata sui fatti dalla polizia giudiziaria, abbia omissivo di rilevare l'identità di chi abbia già ceduto la sostanza rinvenuta nella sua disponibilità. Una soluzione criticata da parte della dottrina che ha negato autonomia al preteso evento d'ostacolo all'attività giudiziaria, evidenziando che si tratterebbe invece dell'effetto immediato e connaturato

¹²⁴ A differenza delle altre fattispecie penali contro il patrimonio, caratterizzate dal c.d. dolo specifico, in caso di truffa questi devono essere in concreto accertati. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹²⁵ Tra le prime, la Seconda Sezione della Corte di Cassazione nella sentenza n. 41717 del 2009.

¹²⁶ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹²⁷ Ai sensi dell'art. 378 c.p. è punito *“chiunque aiuta taluno ad eludere le investigazioni dell'Autorità o a sottrarsi alle ricerche di questa”*. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹²⁸ Nella specie, la Corte ha affermato che la condotta di aiuto deve essere qualificata come condotta libera, non caratterizzata dunque da particolari modalità esecutive, precisando inoltre che la fattispecie criminosa di favoreggiamento richiede il verificarsi di un evento a seguito della condotta del reo, consistente nell'ostacolo all'attività giudiziaria; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 513 ss.

all'azione di aiuto del reo e che rappresenta l'offesa insita nella condotta di aiuto consente di punire la condotta omissiva del reo senza tuttavia qualificare il reato come d'evento: si tratterebbe quindi di una fattispecie di mera condotta, integrabile indifferentemente in forma omissiva o attiva, rispetto alla quale, dunque non occorrerebbe neanche verificare la sussistenza di un obbligo di impedire l'evento¹²⁹. Necessariamente, proseguendo sul tracciato dell'art. 40, secondo comma, c.p., perché possa muoversi all'imputato un rimprovero per non aver impedito l'evento, il soggetto deve occupare una "posizione di garanzia"¹³⁰. Come si è avuto modo di evidenziare, infatti, nei reati omissivi propri il legislatore individua espressamente l'obbligo di attivarsi penalmente sanzionato, precisandone i presupposti ed il contenuto, mentre nei reati omissivi impropri affida all'interprete il compito di individuare l'esistenza di un "obbligo giuridico di impedire" l'evento: l'equivalenza tra il cagionare ed il non impedire l'evento del reato opera solo in presenza di un obbligo di carattere giuridico¹³¹. Per quanto riguarda la fonte dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, occorre prendere in considerazione le diverse posizioni assunte dalla dottrina sul punto, che oscillano tra un'impostazione restrittiva, fondata sul principio di riserva di legge in materia penale, ed un orientamento che, al contrario, estende le possibili fonti della posizione di garanzia ad atti normativi secondari e finanche ad atti di autonomia privata¹³². Secondo la prima impostazione, infatti, il principio di legalità e il suo corollario della riserva assoluta di legge in materia penale imporrebbero di individuare in via esclusiva le fonti di posizioni di garanzia attraverso un atto normativo di rango primario: solo in questo modo risulterebbe soddisfatta la riserva assoluta di legge di cui all'art. 25, 2° comma, Cost.¹³³ L'opposto orientamento ritiene invece il legislatore, attraverso il generico richiamo alla giuridicità dell'obbligo di impedire l'evento, abbia ammesso il ricorso a qualsiasi fonte di obblighi giuridici, anche di rango non legislativo.

¹²⁹ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹³⁰ F. Mantovani, *"Diritto penale"*, Milano, 2019, 233; G. Fiandaca- E. Musco, *"Diritto penale. Parte generale"*, Bologna, 2018, 267; F. Antolisei, *"Manuale di diritto penale. Parte generale"*, Milano, 2018, 196 ss.; Antolisei, *"L'obbligo di impedire l'evento"*, in *Riv. it.*, 1936; G. Fiandaca, *"Il reato"*; F. Mantovani, *"L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, solidarietà, di libertà e di resp.personale"*, in *Riv. it.*, 2001; G. Grasso, *"Orientamenti legislativi in tema di omesso impedimento dell'evento: il nuovo parag. 13 del cod. pen. Della Repubblica federale tedesca"*, in *Riv. it.*, 1978. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 513 ss.

¹³¹ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; C. Roxin, *"Antigiuridicità e cause di giustificazione"*, Napoli, 1996, 87; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450.

¹³² F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹³³ F. Mantovani, *"Diritto penale"*, Milano, 2019, op. cit.; G. Fiandaca- E. Musco, *"Diritto penale. Parte generale"*, Bologna, 2018, op. cit.; F. Antolisei, *"Manuale di diritto penale. Parte generale"*, Milano, 2018., op. cit.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450

Secondo i sostenitori di tale soluzione la posizione di garanzia che impone al reo di impedire l'evento potrebbe dunque trovare la propria fonte non solo nella legge e negli atti aventi forza di legge, bensì anche in un atto regolamentare e finanche in un contratto¹³⁴; Una parte della dottrina che aderisce a tale seconda impostazione ha inoltre sostenuto che le consuetudini o la gestione di affare altrui (ai sensi degli artt. 2028 ss. c.c.) potrebbero soddisfare il requisito dell'obbligo giuridico di impedire l'evento ai sensi dell'art. 40, 2° comma¹³⁵. A tale seconda impostazione si è opposto che assegnando piena ed indiscriminata rilevanza agli atti di autonomia privata, nonché alle fonti di secondo grado si finirebbe per tradire la *ratio* della riserva di legge sancita all'art. 25, secondo comma, Cost., nonché dello stesso principio di legalità, poiché si consentirebbe al potere esecutivo, da un lato, e all'autonomia privata, dall'altro, di incidere sulla libertà personale del reo, attraverso l'introduzione di un obbligo di agire penalmente sanzionato¹³⁶. Si è osservato che, specie con riferimento all'autonomia negoziale, non è del pari corretto negare qualsiasi forma di rilevanza ai fini dell'accertamento della posizione di garanzia, essendo molteplici i casi in cui l'obbligo di impedire l'evento possa essere trasferito in capo ad un soggetto diverso dal garante originario¹³⁷. In tali ipotesi, non deve ritenersi che la posizione di garanzia che viene a gravare sul nuovo responsabile trovi origine in un atto di autonomia privata e quindi nel contratto, occorrendo invece ulteriori e specifici presupposti perché la posizione di garante possa ritenersi effettivamente trasferita¹³⁸. La ragione della differenza illustrata

¹³⁴ Si osserva infatti che l'art. 1372 c.c. nella parte in cui afferma che il contratto "*ha forza di legge tra parti*", consentirebbe di qualificare penalmente rilevanti obblighi giuridici che ne derivano. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

¹³⁵ Si vedano F. Grispigni, "*Diritto penale*"; I. Caraccioli, "*Omissione (dir. pen.)*" in *Noviss.dig.it.*; F. Antolisei, "*L'obbligo di impedire l'evento*", in *Scritti*. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196.

¹³⁶ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

¹³⁷ Si pensi ai genitori che iscrivano il proprio figlio ad una scuola materna o lo affidino ad una bambinaia; G. Fiandaca-E. Musco, "*Diritto penale. Parte generale*", Milano, 2018, 267 ss. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

¹³⁸ Si pensi ad uno stabilimento balneare ove un genitore affidi il proprio figlio minore ad un istruttore di nuoto perché gli impartisca delle lezioni in sua assenza; nel contempo si confronti tale situazione con quella in cui viene a trovarsi un volontario di un'associazione che persegue lo scopo di monitorare i bagnanti sulle spiagge per prevenire gli affogamenti. Qualora il minore dovesse affogare durante le lezioni di nuoto, in capo all'istruttore sarebbe ravvisabile una posizione di garanzia, cioè l'obbligo di impedire l'evento, in virtù del contratto intervenuto con il padre del minore; dall'altra parte, non potrebbe muoversi alcun rimprovero sul piano penale al volontario che, nonostante il suo impegno contrattuale con l'associazione di volontariato, abbia ommesso di intervenire per salvare il minore durante il suo turno. In entrambi i casi si è di fronte ad un atto di autonomia privata, da cui deriva l'obbligo di impedire il medesimo evento; solo nel primo caso sarà tuttavia ravvisabile la responsabilità penale del soggetto

in nota attraverso l'esempio del bagnante e del volontario è insita nella riserva di legge e nella conseguente necessità che ogni elemento costitutivo della fattispecie penale trovi il fondamento in un atto normativo di rango primario: nell'ipotesi esemplificativa adotta la legge pone, ai sensi della disciplina civilistica di cui agli artt. 315 *bis*, 147 e 316 c.c.. in capo al genitore il dovere di proteggere il figlio minore, assegnando pertanto allo stesso il ruolo di garante *ex lege*; solo in questo caso, quando cioè la posizione di garanzia è "originaria" e trova fonte direttamente nella legge, sarà possibile trasferirla in forma derivata ad un soggetto diverso, poiché il trasferimento avviene da parte del garante originario¹³⁹. Dunque un primo e necessario requisito della posizione di garanzia perché acquisti rilevanza ai fini della responsabilità penale è da ravvisarsi nella sua fonte legislativa, diretta, nel caso del garante originario, o indiretta, con riferimento al garante derivato¹⁴⁰. Rispetto alla necessità di una fonte legislativa dell'obbligo di impedire l'evento di diverso avviso sono i sostenitori della c.d. teoria funzionale della posizione di garanzia, i quali non ritengono invece necessaria una base legislativa dell'obbligo di impedire l'evento, assegnando rilevanza penale ad ogni situazione in cui un soggetto sia in condizione di intervenire per impedirlo, anche in assenza di un obbligo giuridico formale in tal senso¹⁴¹. Secondo questa concezione, in altre parole, non occorre accertare sul piano formale l'esistenza di un obbligo di agire per evitare l'evento, purché il reo sia in condizione, sul piano meramente fattuale, di intervenire per

inadempiente. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

¹³⁹ Pertanto, il volontario, che si sia obbligato nei confronti della propria associazione a monitorare i bagnanti, pur essendo gravato da un obbligo giuridico di impedire l'annegamento del minore, non potrà essere ritenuto penalmente responsabile poiché tale obbligo non è assunto nei confronti del garante originario e non trova quindi fonte, neanche indirettamente, in una norma primaria; al contrario, l'istruttore di nuoto che riceva incarico direttamente dal genitore, garante originario *ex lege*, sarà tenuto ad impedire l'evento-morte e ne risponderà penalmente in quanto titolare di una posizione di garanzia derivata direttamente dal garante *ex lege*. G. Fiandaca, "Il reato commissivo", Milano, 1979; G. Grasso, "Il reato omissivo", Milano, 1983; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁴⁰ Si dibatte se tuttavia il garante derivato possa trasferire a propria volta ad un terzo la posizione di garanzia, con effetti sulla responsabilità penale di quest'ultimo; secondo un primo orientamento, quando la posizione di garanzia trasferita derivi comunque dal garante originario, chi la assume dal garante derivato risponderà, al pari di quest'ultimo, dell'evento che è tenuto ad impedire purché sia consapevole dell'origine legislativa dell'obbligo di impedirlo. Secondo un diverso orientamento dottrinale, invece, non sarebbe ammissibile un ulteriore trasferimento della posizione di garanzia, con effetti sulla responsabilità penale, poiché altrimenti si rischierebbe di rendere eccessivamente difficile l'accertamento della fonte dell'obbligo di impedire l'evento, con conseguente incertezza da parte degli operatori giuridici in merito alle conseguenze, penali anche, dell'inadempimento. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁴¹ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

impedirlo¹⁴². Tuttavia questa teoria si scontra con il principio di riserva di legge, vigente nel nostro ordinamento penale, nonché con la lettera dell'art. 40, 2° comma c.p., che richiede espressamente la sussistenza di un “*un obbligo giuridico*” in capo al reo¹⁴³. Ciò nonostante, la suddetta teoria ha avuto il merito di prendere in esame l'obbligo di impedimento dell'evento non solo sotto il profilo giuridico-formale ma anche in relazione ai suoi aspetti dinamici e funzionali, richiedendo di verificare se il reo fosse in condizione di intervenire per impedire l'evento: se fosse cioè titolare di poteri impeditivi – problematici e, per certi aspetti, “scomodi”, come si vedrà, per lo psichiatra. Traendo spunto da questa e considerando le critiche dei sostenitori della teoria formale, la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie hanno aderito alla c.d. teoria mista o eclettica che richiede cumulativamente i presupposti dei due approcci, formale e sostanziale¹⁴⁴. Secondo questa, una posizione di garanzia penalmente rilevante potrà configurarsi solo in presenza di un obbligo giuridico con base legale, diretta o indiretta, purché alla titolarità formale dell'obbligo di impedire l'evento corrisponda la materiale disponibilità di idonei poteri di intervento. Ne consegue che, ove l'impedimento di un evento sia affidato ad un soggetto, che non per sua colpa, risulti sprovvisto dei necessari poteri impeditivi, la responsabilità penale continuerà a gravare sul garante originario e non potrà comunque essere ravvisata in capo al titolare formale della posizione di garanzia, che non sia tuttavia provvisto dei necessari poteri impeditivi, secondo il principio “*ad impossibilia nemo tenetur*”¹⁴⁵. La soluzione accolta dalla dottrina e giurisprudenza maggioritarie consente, allora, il rispetto del principio di legalità e di scongiurare forme di responsabilità da posizione che violerebbero il principio della personalità della responsabilità penale. Alla luce di tale impostazione e proprio in forza del principio di cui all'art. 27, primo comma, Cost., perché possa ritenersi sussistente la responsabilità penale del reo ai sensi dell'art. 40, 2° comma, c.p., occorrerà che

¹⁴² F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁴³ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁴⁴ G. Grasso, “*Il reato omissivo*”, op. cit.; I. Leoncini, “*Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*”, Torino, 1999; L. Bisori, “*L'omesso impedimento del reato*”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; Si veda F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁴⁵ Basta pensare al caso dell'amministratore di una società che, appena subentrato nella carica sociale, sia rinviato a giudizio per la morte di un dipendente sul posto di lavoro, avvenuta poche ore dall'assunzione della qualità di amministratore (e quindi di datore di lavoro): in questo caso è innegabile la sussistenza di un obbligo formale di impedire l'evento e della posizione di garanzia propria del datore di lavoro in capo al neo-amministratore; è tuttavia del pari innegabile che questi non potrà essere condannato per aver cagionato, in forma omissiva, la morte del lavoratore poiché, pur essendo obbligato ad impedire l'evento non ne ha avuto la materiale disponibilità. Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

l'obbligo di impedire l'evento presenti base legale, diretta o indiretta, e che il reo risulti provvisto dei necessari poteri impeditivi sul piano materiale e funzionale¹⁴⁶; in ossequio al principio di tassatività e di colpevolezza, inoltre, l'obbligo di impedire l'evento dovrà risultare specifico e non vago o generico, al pari dei suoi destinatari, titolari della posizione di garanzia, e dei suoi beneficiari¹⁴⁷. Riservando ad una sezione successiva della trattazione quanto mi limito ad accennare, occorre precisare che l'omissione, stante la sua natura normativa, cioè di azione dovuta e non tenuta dal reo, è priva di sostrato materiale, consistendo in un comportamento che doveva essere tenuto ma che non lo è stato e quindi non realizzato. La natura virtuale della condotta omessa, dunque, non può che ripercuotersi sull'accertamento del nesso causale che deve sussistere tra condotta ed evento perché quest'ultimo possa addebitarsi al reo¹⁴⁸.

1.2 La colpevolezza: nozione in una prospettiva sistemica

E' possibile riferirsi a due significati della colpevolezza: il primo indica l'elemento soggettivo, di cui abbiamo ampiamente discusso, del reato nella tripartizione della struttura dell'illecito penale, in assenza del quale il fatto tipico e antigiusuridico non è punibile, con conseguente assoluzione dell'imputato "*perché il fatto non costituisce*

¹⁴⁶ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁴⁷ Tornando all'esempio in riferimento alla fonte legale della posizione di garanzia, se il padre del minore, che abbia stipulato un contratto con l'insegnante di nuoto, non attende che quest'ultimo prenda in carico il minore per le lezioni e, senza attendere l'arrivo dell'insegnante lasci il minore incustodito, non potrà ritenersi che la mera stipula del contratto abbia fatto sorgere in capo all'insegnante, garante derivato, una posizione di garanzia, poiché manca l'effettiva presa in carico del minore, beneficiario, e non sono quindi ravvisabili in capo all'insegnante i necessari poteri impeditivi, sul piano materiale, durante il tempo in cui il genitore si sia allontanato e la lezione non sia iniziata. In caso di annegamento del minore in tale frangente, pertanto, solo il genitore dovrà rispondere penalmente. Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁴⁸ Se infatti nei reati in forma attiva l'evento deriva da una condotta materiale effettivamente tenuta dal reo, sicché il giudice è chiamato ad accertare se questa costituisca o meno un antecedente causale del primo, nei reati omissivi l'accertamento richiede un passaggio ulteriore: bisognerà ipotizzare che la condotta dovuta sia stata effettivamente tenuta e, in via ulteriormente ipotetica, accertare se l'eventuale adempimento dell'obbligo sarebbe valso ad impedire l'evento. Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

reato”¹⁴⁹ Il secondo significato è quello di responsabilità penale, rinvenibile nelle disposizioni della Costituzione così come nei Codici penale e di procedura penale. L'utilizzo dell'espressione “colpevolezza” o “colpevole” per indicare la responsabilità penale ed il relativo responsabile si riscontra infatti, *in primis*, nella lettera dell'art. 27, 2° comma, della Carta Costituzionale, ai sensi del quale “*l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*”. La sineddoche utilizzata dal Costituente trova fondamento nel ruolo indefettibile della colpa rispetto alla responsabilità del reo, non potendo pervenirsi ad una sentenza di condanna ove manchi l'elemento soggettivo del reato¹⁵⁰. Sono numerose le disposizioni di legge ordinaria che utilizzano le espressioni di colpa e colpevole nell'accezione di responsabilità penale e di responsabile del reato¹⁵¹. E del pari nelle più importanti disposizioni del Codice di procedura penale¹⁵². Il frequente utilizzo delle espressioni colpa e colpevole nell'accezione di responsabile e responsabilità non deve tuttavia indurre a sovrapporre alla nozione di colpa, intesa come elemento soggettivo del reato, che richiede l'accertamento della capacità di intendere e di volere del soggetto agente e dell'elemento psicologico che ha caratterizzato la condotta tipica¹⁵³. Tuttavia anche la

¹⁴⁹ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 450; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Findaca- E. Musco, op. cit. pag. 157 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

¹⁵⁰ Il medesimo uso delle espressioni di “colpevole” e di “colpevolezza” si riscontrano nel testo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che all'art. 48, primo paragrafo, richiede che la “colpevolezza” dell'imputato debba essere “legalmente provata”, e si riferisce “ad una persona colpevole” nell'ammettere, all'art. 49, la punibilità dei fatti che, al momento in cui furono commessi, costituivano un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni. Anche nel testo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) si rinviene l'uso dell'espressione colpa nell'accezione di responsabilità penale, al secondo comma dell'art.6, ai sensi del quale “*Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpa non sia stata legalmente accertata*”; del pari, all'art. 2 del Protocollo aggiuntivo n.7 alla Convenzione, si fa riferimento al colpevole nell'accezione di responsabile, sancendo il “*Diritto a un doppio grado di giudizio in materia penale*”. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁵¹ L'art. 133 del c.p. qualifica l'autore del reato “colpevole” nella disciplina della quantificazione della pena, o l'art. 185, trattando delle conseguenze civili del reato: vengono in rilievo poiché presuppongono l'accertamento del fatto tipico, dell'antigiuridicità e della colpa del reo. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁵² L'art. 273 c.p. richiede la sussistenza di “gravi indizi di colpa” per l'applicazione di misure cautelari nei confronti dell'indagato o dell'imputato; nonché l'art. 533 c.p., che nel disciplinare i presupposti della sentenza di condanna, che richiede l'accertamento di tutti gli elementi costitutivi del reato, oggettivi e soggettivi, nonché dell'antigiuridicità e dell'assenza di cause di non punibilità, prevede, al primo comma, che “*Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio*”. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁵³ L'espressione è utilizzata in questa seconda accezione nel testo della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, all'art. 7, rubricato “*Nulla poena sine lege*”, il cui paragrafo 1 prevede che “*Nessuno può essere condannato per una azione o omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituisse reato secondo il diritto interno o internazionale*”; nonostante l'assenza di un espresso riferimento alla colpa nella traduzione italiana della disposizione, la Corte di Strasburgo ha infatti evidenziato che la norma richiede l'accertamento dell'elemento soggettivo del reato nella sua formulazione originale, in lingua inglese, che prevede “*No one shall be held guilty of any criminal offence*”. La Corte ha interpretato

CEDU adotta l'espressione colpevole in entrambe le accezioni, come emerge dal paragrafo 2 dell'art.6, rubricato "diritto a un equo processo" ai sensi del quale "*Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata*"¹⁵⁴. La colpevolezza, in questo caso, è infatti da intendersi come responsabilità penale, che dovrà essere accertata nelle forme della legge e nel rispetto del disposto paragrafo 1 dell'art. 6, che sancisce i canoni del giusto processo, richiedendone la pubblicità, la ragionevole durata, nonché l'indipendenza e l'imparzialità del giudice, che hanno ispirato la riforma costituzionale del 1999 e la nuova formulazione dell'art 111 Cost.¹⁵⁵ Inevitabilmente nel testo della Carta Costituzionale l'espressione colpevole è utilizzata nella sua accezione di responsabile, nell'affermare all'art. 27, secondo comma, che "*L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*". La norma costituzionale citata sancisce uno dei più rilevanti principi di garanzia in materia penale, richiedendo il carattere definitivo dell'accertamento della responsabilità penale perché l'imputato possa considerarsi colpevole del fatto contestatogli¹⁵⁶. Precedentemente è stata introdotta l'importanza che assume la presunzione di colpevolezza nel nostro ordinamento, relativamente all'accertamento della tipicità e dell'antigiuridicità, imponendo, da un lato, di verificare l'imputabilità oggettiva dell'evento lesivo, superando ogni ragionevole dubbio, e, dall'altro, di porre in capo alla pubblica accusa la prova in giudizio dell'inesistenza delle cause di esclusione dell'antigiuridicità che l'imputato abbia invocato a sua difesa¹⁵⁷. Al livello sovranazionale anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea affermano la medesima regola, sebbene in termini diversi. Tanto l'art. 6 quanto l'art. 48 della Carta di Nizza affermano l'innocenza dell'accusato, la prima, e dell'imputato, la seconda, fino a che la colpevolezza "*non sia stata legalmente provata*". Nonostante la diversità terminologica, legata all'uso dell'espressione innocenza nelle fonti sovranazionali, deve ritenersi oggi del tutto superato il dibattito che animò la dottrina processual-penalistica a fine Ottocento e inizi Novecento in merito alla correttezza dell'uso dell'espressione "innocenza" e alle differenze semantiche rispetto alla "non colpevolezza". Si sostiene,

l'espressione "guilty" (colpevole), nell'accezione soggettiva di "colpevole", richiedendo, pertanto, l'accertamento dell'elemento soggettivo del reato perché possa essere irrogata la pena. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁵⁴ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁵⁵ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁵⁶ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁵⁷ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

infatti, da parte della dottrina¹⁵⁸ che la presunzione di innocenza, riferita ad un soggetto che si assume responsabile di un fatto di reato, risultasse paradossale e ponesse in contraddizione l'assunzione della qualità di indagato rispetto alla presunzione che il medesimo soggetto sia innocente; del pari si sottolineava la differenza concettuale tra il presumere innocente taluno e il divieto di affermarne la colpevolezza sino all'accertamento definitivo della sua responsabilità¹⁵⁹. La questione, che ad oggi è ritenuta un falso problema in forza della piena equiparazione sul piano pratico e normativo delle due formule di innocenza e non colpevolezza, ha tuttavia impegnato i giudici della Corte Costituzionale nel 1972, nel pronunciarsi in merito alla compatibilità con il disposto dell'art. 27, comma secondo, Cost. della previgente disciplina processuale, con particolare riferimento all'abrogato art. 479 c.p.p.¹⁶⁰: nella motivazione della sentenza il giudice delle leggi precisa preliminarmente che *“la disposizione dell'art. 27, secondo comma, Cost., nel dichiarare che l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva, vuol garantirgli l'esclusione della presunzione di colpevolezza durante tutto lo svolgimento del rapporto processuale; la condizione giuridica dell'imputato si ricollega al processo, mentre la condizione giuridica di condannato, cioè di colpevolezza, segue il processo”*¹⁶¹. La Corte dà quindi atto dell'alternativa tra non colpevolezza e innocenza, precisando che il divieto di presumere la responsabilità dell'imputato opera *“sia alla stregua del concetto stesso di colpevolezza”*, che per la dottrina generale del reato è comunemente intesa come presupposto indispensabile per l'applicazione della pena; sia in conformità all'espressione testuale usata dall'Assemblea costituente, che nel contrasto delle opinioni, non ha sancito la presunzione d'innocenza, ma, con l'emendare l'originaria proposta della I Sottocommissione, ha voluto presumibilmente asserire che durante il processo non esiste un colpevole, bensì soltanto un imputato¹⁶². Emerge allora, dalla ricostruzione operata dalla Corte Costituzionale, che la questione fu affrontata dall'Assemblea costituente, che sostituì l'originario riferimento alla presunzione di innocenza con l'attuale formulazione dell'art. 27, secondo comma, Cost. Si sottolinea quindi, nella sentenza citata, che *“Nel nostro sistema e nella terminologia corrente, dunque, la condizione di non colpevole non sembra identificarsi con quella*

¹⁵⁸ Manzini, Mortara. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁵⁹ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁶⁰ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁶¹ Sentenza n. 107 del 1957; F. Caringella- A. Salerno, op cit, Roma, 2019.

¹⁶² F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

d'innocente”, escludendo così che i due concetti si equivalgano e precisando che “*chi durante il processo, è non colpevole può essere giudicato, con la sentenza definitiva, innocente oppure colpevole*”¹⁶³. Può dunque rilevarsi, dalla motivazione della sentenza in esame, che il riconoscimento delle qualità di innocente, al pari della qualità di colpevole, in relazione al fatto di reato oggetto di imputazione, necessita di un accertamento in giudizio e del carattere definitivo della sentenza, rispettivamente di assoluzione e di condanna¹⁶⁴. La Corte conclude l'esame della questione affermando infatti che “*Se fosse vero il contrario, sarebbe illegittima ogni misura di carcerazione preventiva, che invece è ammessa dall'ultimo comma dell'art. 13*¹⁶⁵; viene evidenziato che la presunzione di innocenza impedirebbe di applicare misure restrittive della libertà personale, anche solo in via provvisoria, a differenza della presunzione di colpevolezza che, richiedendo un accertamento definitivo perché l'imputato possa considerarsi penalmente responsabile, non esclude che, in presenza dei requisiti di legge, possano applicarsi misure restrittive della libertà personale in pendenza del procedimento. Da questa pronuncia emerge la diversa valenza semantica riconosciuta dalla Corte Costituzionale alle due espressioni, che non è idonea ad incidere sulle norme processuali che regolano l'onere di prova nel giudizio. La dottrina¹⁶⁶, infatti, ha evidenziato al riguardo che, in realtà, a prescindere dall'espressione utilizzata dal legislatore costituzionale e nonostante la diversa terminologia presente nelle fonti sovranazionali, non mutano le conseguenze pratiche del principio in esame, che detta nel contempo due precetti: uno di carattere sostanziale e l'altro processuale. In forza della prima regola, sostanziale, non può irrogarsi una pena prima che sia stata accertata la responsabilità penale con sentenza passata in giudicato, restando ferma l'ammissibilità, nei soli casi ed in presenza di requisiti fissati dalla legge, delle misure cautelari, stante la diversità della natura e funzione che le caratterizza rispetto alla pena¹⁶⁷. La seconda regola, processuale, invece incide sul riparto dell'onere della prova, ed impone all'accusa di dimostrare in giudizio la responsabilità penale dell'imputato, che in questo caso può propriamente ritenersi presunto innocente, con una presunzione relativa da vincere in giudizio, al di là di ogni ragionevole dubbio. È dunque la

¹⁶³ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁶⁴ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁶⁵ La sentenza 64 del 1970 di questa Corte; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss

¹⁶⁶ Si veda il Tonini; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁶⁷ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

coesistenza dei due descritti precetti, l'uno sostanziale e l'altro processuale, a consentir di tenere distinti i due concetti di non colpevolezza, nel senso di non responsabilità, e di innocenza, che trovano la loro sintesi sul piano normativo. Difatti, anche le norme sovranazionali, che fanno espresso riferimento all'innocenza dell'imputato o dell'accusato utilizzano contestualmente, nella medesima disposizione, tanto il termine "innocente" quanto l'espressione "colpevolezza"¹⁶⁸. Quest'ultima è adoperata dal legislatore costituzionale nell'accezione di responsabilità penale, e quindi di responsabile, nel art. 27, comma secondo. Tuttavia non è da ritenersi che l'accezione di colpevolezza, quale elemento soggettivo del reato, necessario perché possa affermarsi la responsabilità penale dell'imputato, sia estranea al dettato costituzionale¹⁶⁹. La dottrina e la giurisprudenza costituzionale hanno infatti affermato la vigenza nell'ordinamento penale del principio di colpevolezza, in forza del combinato disposto del primo e terzo comma dell'art. 27 ai sensi dei quali, rispettivamente, "La responsabilità penale è personale" e "Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato"¹⁷⁰. Bisogna dunque procedere a ricostruire l'evoluzione dell'interpretazione costituzionale delle disposizioni citate, che ha condotto alla piena e generale affermazione del principio di colpevolezza, nella storica sentenza n. 364 del 1988, seguita a breve distanza dalla sentenza n. 1085 del medesimo anno. L'assenza di un espresso riferimento nella disciplina costituzionale ha infatti richiesto l'intervento della Corte Costituzionale per far emergere, dalla lettera dell'art. 27 Cost., il principio di colpevolezza, cui era stata negata cittadinanza nell'ordinamento penale, prima che la Corte fosse resa operativa e iniziasse a svolgere la propria funzione di controllo costituzionale¹⁷¹. In questa sede, si rende necessario dare atto dell'evoluzione¹⁷² che l'interpretazione dell'art. 27 ha registrato nel corso del tempo, sino alla piena affermazione del principio di colpevolezza. In particolare il primo comma della disposizione, ove prevede che "la responsabilità penale è personale", è stato inizialmente interpretato in maniera restrittiva e letterale da parte della dottrina, in

¹⁶⁸ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁶⁹ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁷⁰ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁷¹ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁷² F. Modugno, "Diritto pubblico", Torino, 2017, 561 ss. Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

ragione della *ratio* della disposizione, che emerge dai lavori preparatori dell'Assemblea costituente. Il requisito della personalità della responsabilità penale, infatti, è stato inizialmente interpretato come divieto di responsabilità per fatto altrui. Tuttavia fin dalle prime pronunce della Corte Costituzionale in materia penale, tra cui particolare rilevanza assume la sentenza n. 3 del 15 giugno 1956¹⁷³, è emersa progressivamente la rilevanza della colpevolezza, nell'accezione di elemento soggettivo del reato, ai fini dell'accertamento del carattere personale della responsabilità penale. In questo percorso giurisprudenziale di affermazione del principio di colpevolezza si inserisce la sentenza n. 107 del 1957, poco più di un anno dopo dalla apertura della Corte alla colpevolezza come elemento indefettibile del reato, in cui viene dichiarato che, nell'art. 27, primo comma, *“la Costituzione, come emerge dalla formulazione letterale del testo, non fa che enunciare il carattere personale della responsabilità penale e contiene perciò un tassativo divieto della responsabilità penale per fatto altrui, senza alcun riferimento al divieto della cosiddetta responsabilità oggettiva”*¹⁷⁴. Particolare importanza infine va riconosciuta alla sentenza n. 42 del 1965 intervenuta sulla questione di legittimità costituzionale dell'art 116 c.p., il quale disciplina il concorso anomalo¹⁷⁵. È solo nel 1988 che il principio di colpevolezza si emancipa dal divieto di responsabilità per fatto altrui, assurgendo a principio generale di diritto penale ed esigendo così l'accertamento

¹⁷³ Nella citata sentenza la Corte ha affrontato la questione di legittimità costituzionale della responsabilità del direttore di giornale sotto la previgente disciplina dell'art. 57 c.p., in relazione all'art. 27, comma primo, Cost., interpretato come divieto di fatto altrui. Nella sentenza si afferma tuttavia che la responsabilità penale richiede *“sempre un certo nesso psichico, ex art. 40 c.p., sufficiente a conferire alla responsabilità il connotato di personalità”*; il profilo soggettivo viene valutato, in tale sede, per verificare se la responsabilità del direttore possa ritenersi per fatto, materialmente, proprio invece che per fatto altrui, senza vagliare il rispetto del principio costituzionale di colpevolezza, ed il conseguente divieto di responsabilità oggettiva. Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁷⁴ Questa impostazione legata alla interpretazione tradizionale e restrittiva del primo comma dell'art. 27 Cost., è stata confermata dalla successiva giurisprudenza costituzionale, in cui tuttavia è possibile scorgere qualche apertura in riferimento alla necessità di accertamento dell'elemento soggettivo del reato, come nella sentenza n. 54 del 1964, la cui motivazione prevede che il reato *“presuppone nell'agente la volontà”* di realizzare la condotta tipica, che consente, secondo la Corte, di affermare che *“il fatto punito è perciò sicuramente un fatto proprio del soggetto cui la sanzione penale viene comminata”*; la volontà rileva tuttavia, anche in questo caso, quale indice del carattere” proprio” del fatto tipico, in contrapposizione al “fatto altrui” di cui la Costituzione vieta la punizione. Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁷⁵ Nella sentenza citata un significativo progresso viene compiuto nel riconoscimento del principio di colpevolezza, affermando che il principio di personalità della responsabilità penale *“trova la sua massima affermazione”* proprio *“nella partecipazione psichica dell'agente al fatto”*. Dunque pur rimanendo ancorata alla concezione tradizionale del divieto di fatto altrui, la Corte opera il proprio giudizio di costituzionalità incentrandolo sull'esistenza di un nesso psichico tra il fatto e l'autore, che consente di escludere che questi debba rispondere per un fatto non proprio; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, *“Diritto penale”*, Milano, 2019, pag 286 ss.

dell'elemento soggettivo in capo al reo perché possa essere ritenuto penalmente responsabile. La pronuncia n. 364 del 1988 della Corte Costituzionale, il cui relatore fu Dell'Andro, rappresenta l'epilogo dell'evoluzione giurisprudenziale che ha progressivamente riconosciuto detto principio, come viene confermato nella motivazione, in cui si legge *“Qui quella tendenza si completa e conclude”*¹⁷⁶. Oggetto della sentenza in esame è stata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 c.p. nella parte in cui non assegnava efficacia all'errore scusabile sulla legge penale. Nella sentenza, la Corte prende le mosse dall'interpretazione tradizionale dell'art. 27, primo comma, Cost. che prendeva in considerazione il solo divieto di responsabilità per fatto altrui. Si osserva che già nei lavori preparatori dell'art. 27 Cost. l'Assemblea costituente aveva rilevato il carattere indefettibile dell'elemento soggettivo perché possa configurarsi un reato, facendo riferimento al *“fatto”* proprio o altrui, *“come comprensivo anche d'un minimo di requisiti subiettivi”*¹⁷⁷. È tuttavia nel combinato disposto tra il primo e terzo comma dell'art. 27 che la Corte individua il fondamento costituzionale del principio di colpevolezza. Innanzitutto nella sentenza è necessario evidenziare che l'espressione *“fatto proprio”*, che si contrappone al *“fatto altrui”* nell'accezione minima della personalità della responsabilità penale, non si rinviene nella lettera del comma primo, che utilizza l'aggettivo *“personale”*¹⁷⁸. Tale scelta lessicale secondo i giudici della Corte, non è causale e trova la propria chiave di lettura nel terzo comma del medesimo articolo, nella parte in cui enuncia la funzione rieducativa della pena: si è infatti osservato che *“comunque si intenda la funzione rieducativa di quest'ultima, essa postula almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica. Non avrebbe senso la “rieducazione” di chi, non essendo almeno “in colpa”(rispetto al fatto) non ha, certo, “bisogno” di essere “rieducato”*¹⁷⁹. La Corte sostiene, pertanto, che è corretto affermare *“che si risponde penalmente soltanto per il fatto proprio, purché si precisi che per “fatto proprio” non s'intende il fatto collegato al soggetto, all'azione dell'autore, dal mero nesso di causalità materiale (da notare infatti che, anzi, nella fattispecie plurisoggettiva il fatto comune diviene anche “proprio” del singolo compartecipe in base al solo “favorire” l'impresa comune, ma anche, e soprattutto, dal momento subiettivo, costituito, in*

¹⁷⁶ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁷⁷ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁷⁸ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁷⁹ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

presenza della prevedibilità ed evitabilità del risultato vietato almeno dalla “colpa” in senso stretto”¹⁸⁰. Nella motivazione della sentenza viene pertanto messo in luce lo stretto legame tra requisito di personalità e fine rieducativo cui la pena deve tendere, precisando che, fermo il divieto di responsabilità penale per fatto altrui, non riconducibile sul piano oggettivo alla condotta dell’imputato, deve interpretarsi il requisito di personalità della responsabilità penale come responsabilità per fatto proprio colpevole, cioè caratterizzato dalla sussistenza di un pur minimo coefficiente soggettivo che consenta di muovere un rimprovero al reo. La Corte conclude precisando sul punto che *“il fatto imputato, perché sia legittimamente punibile, deve necessariamente includere almeno la colpa dell’agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica. Il fatto (punibile, proprio dell’agente) va, dunque, nella materia che si sta trattando, costituzionalmente inteso in una larga, anche subiettivamente*¹⁸¹ *caratterizzata accezione e non in quella, riduttiva, d’insieme di elementi oggettivi”*; ne deriva che *“Dal collegamento tra il primo e terzo comma dell’art. 27 Cost. risulta, altresì, insieme con la necessaria “rimproverabilità” della personale violazione normativa, l’illegittimità costituzionale della punizione di fatti che non risultino essere espressione di consapevole, rimproverabile contrasto con i (od indifferenza ai) valori della convivenza, espressi dalle norme penale*”¹⁸². La sentenza n. 364 del 1988 esprime così il principio di colpevolezza, accogliendo una interpretazione estensiva dell’art. 27, comma primo Cost., in combinato disposto con il comma terzo della disposizione costituzionale, che impone l’accertamento dell’elemento soggettivo del reato perché l’autore del fatto tipico ed antiggiuridico possa essere ritenuto penalmente responsabile. I principi e le argomentazioni espressi nella sentenza sono stati richiamati e confermati nella successiva pronuncia n. 1085 dello stesso anno, avente ad oggetto la legittimità costituzionale delle norme che disciplinano il c.d. furto d’uso, nella parte in cui non consentono la configurabilità del tentativo di furto d’uso, bensì un furto semplice consumato, quando il reo non abbia potuto restituire la cosa sottratta per caso fortuito o forza maggiore¹⁸³. Nell’affrontare la questione la Corte richiama espressamente la sentenza n. 364, evidenziando che in tale occasione è stata affermata la necessità di accertare che sussista *“almeno la colpa quale collegamento subiettivo tra l’autore del*

¹⁸⁰ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁸¹ G. Fiandaca- E. Musco, op. cit., pag. 330; F. Mantovani, *“Diritto penale”*, Milano, 2019, pag. 278.

¹⁸² F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁸³ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

*fatto ed il dato significativo (sia esso evento oppur no) addebitato” perché possa ritenersi soddisfatto il requisito di personalità della responsabilità penale¹⁸⁴. Si precisa inoltre che “Dal primo comma dell’art. 27 Cost., come è stato chiarito nella citata sentenza n. 364 del 1988, non soltanto risulta indispensabile ai fini dell’incriminabilità, il collegamento (almeno nella forma della colpa) tra soggetto agente e fatto (o, nella specie, tra soggetto ed elemento significativo della fattispecie) ma risulta altresì necessaria la rimproverabilità dello stesso soggettivo collegamento”. La rimproverabilità non è stata riscontrata nell’ipotesi in cui il fatto tipico, anche solo in parte, non risulti imputabile, né sul piano oggettivo, né sul piano soggettivo soprattutto, alla condotta e alla volontà dell’imputato¹⁸⁵. Nella sentenza si afferma infatti che “Perché l’art. 27, primo comma, Cost, sia pienamente rispettato e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all’agente (siano, cioè investiti dal dolo e dalla colpa) ed altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati”¹⁸⁶. Attraverso il riportato passaggio motivazionale, dunque, il giudice delle leggi precisa l’ambito operativo del principio di colpevolezza, affermando che l’elemento soggettivo deve abbracciare “tutti e ciascuno” degli elementi costitutivi del reato. Sulla scorta di tale considerazione, dunque, la Corte ha ritenuto incostituzionale l’art. 626, comma primo, n.1, c.p. laddove “nell’ipotesi di mancata restituzione per caso fortuito o forza maggiore della cosa sottratta, chiama a rispondere di furto ordinario il reo del quale è rimasto intatto il dolo, generico e specifico, del furto d’uso, senza che si siano aggiunti diversi, rilevanti contenuti intenzionali”. Manca infatti la volontarietà, in questo caso, della mancata restituzione, che è dovuta a cause al reo non imputabili¹⁸⁷. I principi consacrati nelle sentenze del 1988 e l’affermazione del principio di necessaria colpevolezza in essa contenuta hanno trovato conferma nel 2007 in una importante pronuncia, n. 322, della Corte Costituzionale, relativa alla legittimità costituzionale dell’art 609 *sexies* c.p., nella parte in cui escludeva rilevanza all’ignoranza dell’età della persona offesa nei delitti*

¹⁸⁴ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁸⁵ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁸⁶ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁸⁷ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

contro la libertà sessuale. La Corte ha infatti dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata riguardo la disposizione citata e, nel contempo, ne ha indicato una interpretazione “costituzionalmente orientata”, proprio in ragione dei principi espressi nelle sentenze 1988, che hanno consentito di assegnare rilevanza all’errore del soggetto agente quando risulti scusabile¹⁸⁸. Nella motivazione della sentenza si legge infatti che *“l’art. 27 primo comma, Cost., secondo quanto chiarito dalle sentenze n. 364 e n. 1085 del 1988 di questa Corte, non si limita a vietare la responsabilità per fatto altrui, ma esige altresì un collegamento psichico almeno nella forma della colpa tra l’agente e il nucleo significativo e fondante della fattispecie, nel quale si risolve il disvalore del fatto incriminato, giustificando così la funzione rieducativa della pena che ne consegue”*. Si ribadisce quindi, nella sentenza del 2007, che occorre *“un coefficiente di partecipazione psichica del soggetto al fatto, rappresentato quando meno dalla colpa in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica”* tra cui rientra senza dubbio l’età della persona offesa nei reati contro la libertà sessuale¹⁸⁹. Anche la sentenza n. 1085 del 1988 è oggetto di espresso richiamo, nella parte in cui afferma che *“è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all’agente (siano, cioè, investiti dal dolo e dalla colpa) ed è altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati”*¹⁹⁰. Sulla scorta di tali considerazioni, dunque, la Corte afferma che, in relazione ai delitti contro la libertà sessuale, *“l’elemento dell’età, quale che ne sia il ruolo nella struttura della fattispecie (elemento costitutivo, presupposto del fatto, condizione non obiettiva di punibilità), deve poter essere collegato all’agente anche dal punto di vista soggettivo, così da rendere la sua condotta, alla stregua delle indicazioni proposte dalla sentenza n. 364 del 1988, espressiva di un rimproverabile contrasto o indifferenza rispetto ai valori sanciti dalla norma incriminatrice”*¹⁹¹. La Corte ha tuttavia riscontrato che tali principi non sono stati adoperati dal giudice *a quo* nel valutare la praticabilità di una interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione denunciata, che

¹⁸⁸ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁸⁹ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁹⁰ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁹¹ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

consentisse di verificare se l'errore, quando scusabile, possa escludere la punibilità del soggetto agente. La questione è stata pertanto ritenuta inammissibile, sottolineando che *“il principio di colpevolezza, quale delineato dalle sentenze n. 364 e 1085 del 1988 di questa Corte, si pone non soltanto quale vincolo per il legislatore, nella conformazione degli istituti penalistici e delle singole norme incriminatrici; ma anche come canone ermeneutico per il giudice, nella lettura e nell'applicazione delle disposizioni vigenti”*¹⁹². Emerge, dunque, la piena ed esplicita affermazione del principio di colpevolezza che, oltre a parametro di legittimità costituzionale delle disposizioni di diritto penale, è indicato come criterio interpretativo a disposizione del giudice penale¹⁹³.

1.2.1 Elemento costitutivo della struttura del reato

Dopo aver illustrato le due accezioni della nozione di colpevolezza, quale sinonimo di responsabilità penale e come elemento soggettivo del reato, cui si riferiscono rispettivamente i principi costituzionali della presunzione di non colpevolezza, ex art. 27, comma secondo, e del principio di colpevolezza, desumibile dal primo e terzo comma del medesimo articolo, occorre introdurre l'esame della colpevolezza quale elemento soggettivo del reato che, nella struttura dell'illecito penale, si affianca all'elemento oggettivo, secondo la teoria bipartita, o alla tipicità ed antiggiuridicità, nella concezione tripartita del reato¹⁹⁴. Questo elemento subiettivo, alla luce della concezione condivisa, può dirsi aver conseguito lo *status civitatis* fra gli *“essentialia delicti”*, il quale ha rappresentato, per lungo tempo, il *“il principale campo di battaglia del pensiero penalistico”*¹⁹⁵. Infatti la teoria generale del reato in inspecie si avvantaggia della reciproca collaborazione e scambio di risultati nei campi dottrinari dei diversi paesi, in

¹⁹² F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁹³ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁹⁴ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

¹⁹⁵ G. Bellavista, *“Annali del seminario giuridico della Università di Palermo”*, 1944, XIX volume: *“Questo campo è diviso da tre diverse concezioni della stessa colpevolezza: psicologica, normativa e caratterologica. Ma così dicendo si pone in essere un'approssimazione di utilità didattica e sistematica”*.

particolare giuristi italiani e tedeschi¹⁹⁶. Così come si è dimostrato che è di Carrara la lucida intuizione dell'antigiuridicità, come rapporto di contraddizione tra il fatto e la norma penale, è merito dei giuristi germanici aver elaborato in maniera impeccabile detto concetto, catalogando l'antigiuridicità tra gli elementi essenziali del reato. Ma a proposito del concetto di colpevolezza, le due scienze, quella italiana e tedesca, si sono reciprocamente chiuse in uno "*splendido isolamento con qualche sparuta lodevole eccezione*"¹⁹⁷. Scrive il Vannini¹⁹⁸ che per rispondere penalmente di un fatto previsto dalla legge come reato, non basta che questo fatto sia stato realizzato da un soggetto attivo in stato di imputabilità, ma è necessario che il fatto deve essere stato commesso "colpevolmente", vale a dire che il soggetto attivo deve essere stato del fatto non soltanto causa materiale, ma anche causa morale, onde la colpevolezza può definirsi "il rapporto causale soggettivo tra il fatto previsto dalla legge come reato e l'autore del fatto. In ogni reato, secondo il Vannini, sia esso un delitto di danno o di pericolo o una contravvenzione, la colpevolezza è conseguentemente, sempre ed esclusivamente, volontà di compiere il fatto vietato dalla legge penale, senza peraltro la necessità di conoscere che quel fatto costituisce reato"¹⁹⁹. Il concetto di colpevolezza sarebbe unico di fronte a qualsiasi reato appunto perché è dato dalla corrispondenza precisa del contenuto della volontà al contenuto del fatto incriminato. E se questo contenuto della colpevolezza varia, è perché ogni reato ha un suo proprio contenuto speciale, diverso da quello degli altri reati del sistema²⁰⁰. Si insiste, nel Vannini, che l'essenza della colpevolezza consiste soltanto nel rapporto di identità tra volontà e concorrenti a realizzare un "fatto di reato": codesto rapporto non consentirebbe graduazioni quantitative e qualitative, appunto perché come la libera volizione non è più "*in guise libera*" per la diversità dei motivi che l'hanno determinata, alla stessa maniera la colpevole volizione non è più "*in guise colpevole*" per il diverso contenuto della volizione stessa; onde sarebbe falso argomentare del dolo e della colpa come di due opposte forme, di due opposti atteggiamenti della colpevolezza. A queste ultime

¹⁹⁶ Tra Mittermaier e Carmigiani. Si veda G. Bellavista, "*Annali del seminario giuridico della Università di Palermo*", 1944, XIX volume: "*Questo campo è diviso da tre diverse concezioni della stessa colpevolezza: psicologica, normativa e caratterologica. Ma così dicendo si pone in essere un'approssimazione di utilità didattica e sistematica*".

¹⁹⁷ G. Bellavista, op. cit.

¹⁹⁸ O. Vannini, "*Per un concetto unitario di colpevolezza*", in *Studi senesi*, 1926, cit., pag. 316 ss. Si veda G. Bellavista, "*Annali del seminario giuridico della Università di Palermo*", 1944, XIX volume: "*Questo campo è diviso da tre diverse concezioni della stessa colpevolezza: psicologica, normativa e caratterologica. Ma così dicendo si pone in essere un'approssimazione di utilità didattica e sistematica*".

¹⁹⁹ G. Bellavista, op. cit.

²⁰⁰ O. Vannini, "*Per un concetto unitario*", op. cit. Si veda G. Bellavista, op. cit.

conclusioni giunge Vannini collocandosi in una posizione perfettamente opposta a quella tenuta dalla comune dottrina. Quando egli parla di “colpa”, intende riferirsi soltanto ed esclusivamente alla colpa con previsione, cosciente²⁰¹. L’altra specie di colpa, che tuttavia vive nella realtà giuridica, la c.d. colpa incosciente²⁰² che per alcuni autori è l’unica vera colpa, non potrebbe essere fondamento di imputabilità se, di fronte ad una norma di pericolo, qual è quella che impone prudenza e diligenza, esprime volontarietà dell’azione che si compie perché si ignorano i pericoli che possono eventualmente derivare²⁰³. Ranieri e la sua dottrina, invece, incarnano la visione odierna di colpevolezza di “relazione soggettiva di carattere psicologico tra autore e reato”, cioè tra un soggetto capace di colpa ed un avvenimento esteriore: della colpevolezza dolo e colpa sono le due forme. Se però la colpa viene contrapposta al dolo, afferma il Ranieri, perché per essa si ha azione volontaria con evento involontario, mentre nella ipotesi di dolo all’azione volontaria segue un evento anch’esso volontario, sono queste caratteristiche proprie della colpa e del dolo, che nessuna abilità dialettica può eliminare perché fondate in natura prima che in legislazione²⁰⁴. Anzi ogni sforzo volto a sopprimere questo contrasto ineliminabile sarebbe, secondo il nostro autore, destinato a cadere nel nulla, “*non potendosi comporre in unità ciò che di composizione unitaria non è suscettivo*”²⁰⁵. Si conclude ritenendo il concetto di colpevolezza come superiore, nel quale rientrano il dolo e la colpa, che ne esauriscono il contenuto senza d’uopo di altri requisiti²⁰⁶. La costruzione che ne fa il Ranieri è più profonda di quella che comunemente le si attribuisce: essa non esprime soltanto la relazione soggettiva di carattere psicologico tra autore e reato, ma per essa la personalità del delinquente si riflette nel reato ed il reato è espressione dell’antigiuridicità della personalità del suo autore. Non si esaurisce dunque nell’atto cosciente del volere che unisce il soggetto alla sua opera, ma si estenderebbe anche alla conformità dell’opera alla persona dell’autore, alla conformità dell’avvenimento antigiuridico alla personalità del reo²⁰⁷. Dunque, l’indagine deve rivolgersi al generale stato psichico del soggetto e l’essenza della colpevolezza si fonda sulla conformità dell’intera personalità del suo autore all’avvenimento esteriore antigiuridico; ai fini del magistero punitivo il reato va considerato non soltanto nel suo valore causale ma anche nel suo valore sintomatico,

²⁰¹ C.d. “*Bewusste Fahrlässigkeit*” della dottrina tedesca. Si veda G. Bellavista, op. cit.

²⁰² “*Unbewusste*”. Si veda G. Bellavista, op. cit.

²⁰³ Per il Vannini colpa cosciente e dolo sono un *unum et idem*. Si veda G. Bellavista, op. cit.

²⁰⁴ G. Bellavista, op. cit.

²⁰⁵ Ranieri, “*Colpevolezza*”, Milano, 1933, cit., pag. 32. Si veda G. Bellavista, op. cit.

²⁰⁶ Ranieri, op. cit., pag. 36. Si veda G. Bellavista, op. cit.

²⁰⁷ Ranieri, op. cit., pag. 36. Si veda G. Bellavista, op. cit.

esigendo la determinazione da attribuire all'espressione della personalità del reo²⁰⁸. Questa, rivelatasi nel reato, deve intendersi come la generale personalità bio-psichica, come complesso di condizioni morfologiche, fisiologiche, psichiche individuali delle quali il reato è veramente rivelazione in questo ampio significato che il Ranieri riterrebbe di poter attribuire alla nozione di colpevolezza, non costretta nei limiti tradizionali, ma comprensiva della relazione tra reato e personalità del reo. Dunque, esso è sì un elemento complesso che, al pari della tipicità, si compone di ulteriori e altrettanto indispensabili elementi costitutivi, in assenza dei quali il reato non può ritenersi perfezionato²⁰⁹. Può sinteticamente affermarsi che l'elemento soggettivo²¹⁰ del reato si compone di imputabilità del soggetto agente, della coscienza e della volontà della condotta, definita "*suitas*", nonché dell'elemento soggettivo in senso stretto, che può configurarsi nelle forme del dolo, della colpa o della preterintenzione, anche in combinazione tra loro²¹¹. Perché un reato possa ritenersi perfezionato occorre che il fatto tipico sia stato commesso in assenza di cause di giustificazione e da parte di un soggetto capace di intendere e di volere, imputabile allora, che abbia posto in essere la condotta criminosa con coscienza e volontà, la c.d. *suitas*, e con dolo, colpa o preterintenzione a seconda dell'elemento soggettivo richiesto dalla norma incriminatrice, la quale viene meno in presenza di cause di esclusione della colpevolezza o scusanti²¹². L'elemento psicologico che regge la condotta tipica rileva non solo ai fini della colpevolezza, ma incide a monte sulla configurabilità del fatto tipico. Il legislatore descrive infatti le fattispecie penali, sul piano della tipicità, e cioè, del fatto che integra sul piano oggettivo l'elemento materiale del reato, assegnando rilevanza all'elemento soggettivo richiesto perché il reato possa ritenersi integrato, distinguendo tra forme colpose, preterintenzionali o dolose della realizzazione della

²⁰⁸ Ranieri, op. cit., pag. 75. Si veda G. Bellavista, op. cit.

²⁰⁹ Ranieri, op. cit., pag. 75 ss. Si veda G. Bellavista, op. cit.

²¹⁰ Per la concezione psicologica, si veda la dottrina: G. Musotto, "*Colpev., dolo e colpa*", Palermo, 1939; G. Bellavista, "*Il problema della colpev.*", Palermo, 1942; G. Bettiol, "*Colpev. Normativa e pena retributiva*", in *Annali Triestini di Dir. Econ. e Polit.*, Padova, 1943; B. Petrocelli, "*La colpevolezza*", Padova, 1955; D. Santamaria, "*Colpevolezza*", in *Enc. dir.*, VII, 1961; P. Nuvolone, "*La concezione giuridica italiana del colpevole*", in *Riv.it.*, 1976; T. Padovani, "*Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevole.*", in *Riv.it.*, 1973; G. Vassalli, "*Colpevolezza*", in *Enc. giur.*, VI, 1988; G. Fiandaca, "*Considerazioni sulla colpev. e prevenzione*", ivi 1987; C. Roxin, "*Considerazioni di politica crim. sul principio di colpev.*", in *Riv.it.*, 1980. Si veda inoltre G. Bellavista, op. cit. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²¹¹ Nei casi di dolo misto a colpa. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

²¹² F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

medesima offesa²¹³. Il Codice prevede tre distinte ed autonome fattispecie penali che, sebbene sia accomunate dall'evento letale cagionato dal reo, si distinguono, già sul piano della tipicità e quindi della condotta punibile, per l'elemento soggettivo richiesto²¹⁴. Per cogliere le differenze tra omicidio colposo e doloso si può iniziare facendo riferimento alla definizione normativa di delitto colposo ex art. 43, primo comma, terzo capoverso, c.p., in cui si richiede che l'evento si sia verificato a causa di un comportamento contrario a regole cautelari generiche ovvero per violazioni di norme cautelari specifiche; la citata disposizione richiede quindi un elemento costitutivo ulteriore rispetto alla fattispecie dolosa di omicidio, che consiste, già sul piano della tipicità, nella causalità della colpa, ossia nella derivazione dell'evento-morte dalla violazione di una regola cautelare²¹⁵. Oltre ad incidere sulla fattispecie penale entro cui sussumere il comportamento del reo, l'elemento soggettivo può rilevare ai fini del regime normativo applicabile, come nel caso di omicidio e di lesioni colposi, cagionati tuttavia per violazione delle norme che regolano la circolazione stradale, che comporta, a determinate condizioni, l'applicazione delle disposizioni di cui, rispettivamente agli artt. 589 *bis* ss. e 590 *bis* ss. del Codice penale²¹⁶. Quindi la colpevolezza possiede un duplice ruolo nella struttura del reato, che costituisce elemento indefettibile dell'illecito penale, ed allo stesso tempo incide sulla tipicità del reato e sugli elementi costitutivi della condotta criminosa²¹⁷. Sulla base della premessa fatta sulla rilevanza della

²¹³ Si pensi al delitto di omicidio doloso, che ai sensi dell'art. 575 c.p. punisce "*chiunque cagiona la morte di un uomo*", quando il fatto sia stato commesso con dolo, cioè con intenzione; alla disposizione citata si affianca il delitto di omicidio colposo, di cui all'art. 589, primo comma, c.p., ai sensi del quale è altresì punito, con una pena minore, "*Chiunque cagiona per colpa la morte di una persona*". Il quadro normativo è completato dall'art. 584 c.p. che punisce a titolo di omicidio preterintenzionale, "*Chiunque, con atti diretti a commettere uno dei delitti preveduti dagli artt. 581 e 582, cagiona la morte di un uomo*". F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²¹⁴ Questa distinzione emerge chiaramente nel caso dell'omicidio preterintenzionale, in cui la causazione della morte di un uomo deve essere derivata dall'ulteriore elemento costitutivo degli atti diretti a commettere i delitti di percosse e di lesioni, poiché la preterintenzione si caratterizza per la volontà di un'offesa meno grave di quella effettivamente realizzata, come nel caso di lesioni della vittima rispetto alla sua morte. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²¹⁵ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²¹⁶ La particolare natura delle norme cautelari violate e la gravità delle infrazioni commesse comporta infatti una serie di conseguenze rilevanti, tanto sul piano dell'accertamento del reato, quanto in relazione al regime giuridico cui il reo è sottoposto, a partire dalla possibilità di procedere all'arresto in flagranza del soggetto agente. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²¹⁷ Questa duplice veste è stata affermata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 364 del 1988, in cui si legge "*La tipicità (oggettiva e soggettiva) del fatto (ovviamente, di regola, vengono richiesti nelle diverse ipotesi criminose, ulteriori elementi subiettivi, come il dolo ecc.), costituisce, così, primo, necessario "presupposto" della punibilità ed è distinta dalla valutazione e rimproverabilità del fatto*

colpevolezza nella struttura del reato, proseguendo la trattazione di quest'ultima come elemento soggettivo dell'illecito, occorre compiere alcune preliminari precisazioni sulla nozione di colpevolezza. È possibile infatti registrare un'evoluzione nel pensiero della dottrina e nell'impostazione giurisprudenziale accolta, che ha visto alternarsi due concezioni dell'elemento soggettivo²¹⁸. La prima è definita "concezione psicologica", configurandosi la componente quale nesso psichico tra il reo e la condotta tipica, come già è stato in precedenza detto, ossia tra il soggetto agente ed il fatto di reato. In questa accezione la colpevolezza è concepita in astratto, e in via generale, quale requisito della punibilità del fatto, e non ammette graduazioni dell'intensità dell'elemento soggettivo, legate alle particolarità del caso concreto²¹⁹. A tale ricostruzione della colpevolezza è stato obiettato che, limitandosi a richiedere un effettivo nesso psichico tra il reo e la condotta criminosa, la concezione psicologica impedisce di assegnare rilevanza alla diversa intensità del rimprovero che è possibile muovere nei confronti del reo per il fatto commesso, la cui valutazione richiede invece di tenere in considerazione ogni profilo concreto del reato; del pari, si è rilevato che tale accezione della colpevolezza mal si concilia con la struttura della colpa, in cui può anche mancare un'effettiva consapevolezza e adesione psicologica del reo rispetto alla condotta²²⁰. Alla luce delle obiezioni esposte è stata sostenuta la "concezione normativa" della colpevolezza, elaborata dalla dottrina tedesca²²¹, che individua il fondamento della colpevolezza nel

stesso"; emerge dunque, attraverso il riferimento alla "tipicità soggettiva", la rilevanza dell'elemento soggettivo in relazione al fatto tipico che va dunque distinto dalla "rimproverabilità del fatto stesso", identificabili con la colpevolezza in senso stretto. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²¹⁸ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²¹⁹ Secondo tale impostazione, infatti, è sufficiente accertare l'esistenza dell'elemento soggettivo del reato, inteso come effettiva adesione psicologica del reo all'azione od omissione, restando invece indifferenti al giudizio del giudice penale le motivazioni del reo, la sua personalità, l'intensità del dolo, cioè l'intenzione, o la gravità della colpa, e ogni altro profilo attinente alla fattispecie concreta; presupposto della concezione psicologica è infatti la secca alternativa tra la sussistenza o la mancanza dell'elemento soggettivo ai fini dell'accertamento della responsabilità penale. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²²⁰ Allo stesso modo di una violazione cautelare volontaria: si pensi a chi cagioni un evento lesivo per imprudenza, senza essere effettivamente consapevole, perché ad esempio distratto, di stare violando una regola cautelare. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²²¹ Per la colpevolezza come "condotta di vita", per il modo di essere del soggetto, si veda: P. Bochelmann, "Studien zum Täterstrafrecht", Berlino, 1934-40; H. Welzel, "Persönlichkeit und Schuld", in *ZStW*, 1941; K. Engisch, "Zur Idee der Täterschuld", ivi 1942; vd. anche G. Bettiol, "Azione e colpevolezza nelle teorie dei tipi d'autore", in *Riv.it.*, 1942; per il concetto di colpevolezza come *Gesinnungsstrafrecht* (atteggiamento interiore) si veda: E. Schmidhäuser, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Tübingen 1958; In Italia vedi: G. Bettiol, "Sul diritto pen. dell'atteggiamento interiore", in *Riv.it.*, 1971; Id., "Stato di diritto e *Gesinnungsstrafrecht*", in *Indice pen.*, 1973. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F.

giudizio della rimproverabilità del reo, avente ad oggetto la divergenza tra la condotta tenuta e quanto prescritto dalla legge. Si tratta di un'impostazione di carattere empirico-normativo, che consente di tenere in considerazione tutte le peculiarità del fatto concreto, per valutare in che misura sia rimproverabile il reo per non aver tenuto o non essersi astenuto dal comportamento prescritto dall'ordinamento; in questo modo è possibile assegnare rilevanza diversa e ponderata alla volontarietà o meno della condotta e graduare la rimproverabilità a seconda della personalità del reo, delle motivazioni sottese alla commissione del reato e ad ogni altra circostanza rilevante²²². Il padre della concezione normativa della colpevolezza, Reinhard Frank, poneva a fondamento della necessità di graduazione delle conseguenze del reato, a seconda dell'intensità della colpevolezza e della gravità del rimprovero, l'esempio del furto della medesima somma di danaro commesso dal cassiere scapolo di un negozio, dedito ad una vita dispendiosa, contrapposto al medesimo fatto commesso da un fattorino sottopagato, che debba occuparsi della moglie malata e dei suoi bambini²²³. Il legislatore penale ha recepito in parte la concezione normativa della colpevolezza, prevedendo all'art. 133 c.p. che la quantificazione della pena va effettuata in considerazione della gravità del reato, desunta anche *“dall'intensità del dolo o dal grado di colpa”*, nonché dalla capacità a delinquere del reo, che si desume, tra i diversi indici, da *“i motivi a delinquere”*, *“dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato”* e *“dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo”*²²⁴. La disciplina dell'elemento soggettivo del reato è principalmente dettata dagli artt. 42 ss. del Codice penale; in particolare, all'art. 42 c.p., il legislatore individua, nel primo comma, uno dei fondamentali presupposti della colpevolezza, la coscienza e la volontà dell'azione che costituisce, insieme all'imputabilità, elemento indispensabile perché possa ritenersi sussistente l'elemento soggettivo del reato²²⁵. Il secondo comma ed il

Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²²² F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²²³ Osservava che non si potrebbe trattare in modo uguale le due differenti situazioni, nonostante si equivalgano sul piano della tipicità, poiché diversa è l'intensità della colpevolezza e diverso è il grado di riprovevolezza della condotta posta in essere da ciascun soggetto, che la concezione psicologica della colpevolezza non consente tuttavia di prendere in considerazione. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²²⁴ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; T. Padovani, *“Diritto penale”*, Milano, 2019, op. cit., 200 ss.

²²⁵ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

terzo della disposizione sono invece dedicati all'elemento psicologico del reato, o elemento soggettivo in senso stretto, prevedendo che il dolo è elemento soggettivo normale o di default del reato, che deve ricorrere quando la legge non preveda espressamente la punibilità a titolo di colpa o preterintenzione²²⁶, ad eccezione dei casi di cui al comma terzo, in cui *“l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente”*. L'ultimo comma dell'art. 42 disciplina invece la colpevolezza nelle contravvenzioni. La definizione normativa delle tre possibili forme dell'elemento soggettivo è invece dettata, come già si è evidenziato, al primo comma dell'art. 43 c.p.: *“Il delitto è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso e pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione; è preterintenzionale, o oltre l'intenzione, quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente; è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline”*. L'ultimo comma dell'art. 43 prende in considerazione la colpevolezza nelle contravvenzioni²²⁷. Occorre esaminare in questa sede il contenuto precettivo dell'art. 42 c.p., primo comma, ai sensi del quale *“Nessuno può essere punito per un'azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà”*. La norma evidenzia la distinzione concettuale tra tipicità²²⁸ ed il primo presupposto della colpevolezza, consistente nella coscienza e nella volontà della condotta tipica. La dottrina si riferisce all'istituto della *suitas*, indicando la necessità che il soggetto sia *compus sui*, dal latino *“padrone di sé”*²²⁹. In forza dell'art.

²²⁶ Come nel caso dell'omicidio colposo o preterintenzionale. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196.

²²⁷ A grandi linee, l'art. 44 c.p. disciplina le condizioni obiettive di punibilità, precisando che l'evento dedotto in condizione può non essere voluto dal soggetto agente, senza che per ciò solo venga meno la sua responsabilità penale. Gli articoli 45 c.p. e 48 c.p. prendono invece in considerazione le cause di esclusione della colpevolezza, con particolare riferimento al caso fortuito o alla forza maggiore, al costringimento fisico e all'errore, proprio o determinato dall'altrui inganno. La disciplina codicistica della colpevolezza è infine completata dalle norme di cui agli artt. 85 ss. c.p., dettate in materia di imputabilità, in cui il legislatore individua il presupposto generale della capacità di intendere e di volere del reo e le singole cause idonee a far venir meno o ad attenuare l'imputabilità. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²²⁸ *“Un'azione od omissione preveduta dalla legge come reato”*. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²²⁹ Per questo ordine di idee si veda: F. Mantovani, *“Il principio di soggettività”*, Padova, 2007; per la prima volta nello scritto *“Sul concetto dell'azione nel reato”*, in *Riv. pen.*, 1925; H. Schafestein, *“Die Behandlung der Schuldarten in ausländischen Strafrecht seit 1928”*, 1928, pp. 15-16; V. Hippel, *“Deutsches Strafrecht”*, v. II, 1930; S. Ranieri, *“Dir. Pen., parte gen.”*, pag. 235-236. Si veda anche F.

42 c.p., primo comma, dunque il fatto non è punibile se manca in capo all'autore materiale della condotta la coscienza e la volontà di porre in essere il comportamento penalmente rilevante²³⁰. Tale accertamento presuppone dunque che, sul piano strettamente materiale, la condotta sia imputabile al reo, il quale tuttavia non ne risponderà in assenza di detti requisiti²³¹. Per coscienza deve intendersi la capacità attuale ed effettiva del reo di percepire la realtà circostante e la conseguente consapevolezza della propria condotta; la volontà è invece da intendersi in un significato diverso dalla volontarietà che caratterizza invece il dolo: la norma non richiede infatti l'intenzionalità della condotta bensì la possibilità per il reo di dominare le proprie azioni e di determinarsi liberamente a commetterle in relazione allo specifico fatto commesso²³². Per quanto riguarda il rapporto tra il requisito e l'imputabilità, quest'ultima è definita nell'art. 85 c.p. come capacità di intendere e di volere, che può apparire coincidente con il requisito di coscienza e volontà²³³. Si è osservato in dottrina che i due presupposti della colpevolezza, entrambi necessari perché possa muoversi un rimprovero al soggetto agente, devono considerarsi autonomi e distinti, sebbene entrambi afferiscano al momento precettivo e al momento volitivo della condotta. L'imputabilità – esclusa prima degli anni quattordici e si presume dopo il compimento del diciottesimo anno, salvo l'accertamento delle cause di esclusione della stessa

Mantovani, "Dir. Pen.", pag. 298 ss.; sui problemi applicativi della *suitas* al reato omissivo A. Cadoppi, "Il reato omissivo proprio", Padova, 1988. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²³⁰ La portata pratica dei due requisiti può essere apprezzata attraverso una serie di esemplificazioni: basta pensare alla condotta omissiva posta in essere da una guardia del corpo che venga immobilizzata dagli attentatori del suo protetto e che quindi non impedisca la consumazione di un omicidio; in questo caso il soggetto è cosciente, percependo appieno gli accadimenti esterni, ma non può ritenersi che abbia posto in essere la condotta omissiva, nella specie di omicidio colposo, con volontà, dal momento che non era in condizione di agire liberamente e di autodeterminarsi, poiché fisicamente immobilizzato. Un secondo esempio riguarda un caso di carenza del requisito di coscienza, da parte del soggetto che sia stato ipnotizzato e commetta, in stato di ipnosi e quindi di incoscienza, un delitto doloso; in questo caso dunque l'azione è commessa con volontà poiché il comportamento non è frutto di costrizione, ma il soggetto non percepisce la realtà esterna, perché in stato di incoscienza. Un ulteriore esempio di carenza di entrambi i requisiti è invece ravvisabile nella condizione in cui venga a trovarsi chi, alla guida della propria autovettura, sia colto da un improvviso ed imprevedibile malore e, sbandando con la propria auto, cagioni la morte di alcuni passanti; la condotta, che ha causato sul piano materiale la morte delle vittime non è caratterizzata da coscienza, essendo venuta meno in ragione del malore, né con volontà, poiché il soggetto non ha potuto governare la propria condotta. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²³¹ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²³² F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²³³ Per l'imputabilità come "capacità di colpevolezza" o presupposto della medesima si veda: M. Romano e G. Grasso, "Commentario", v. II, pag. 1 ss.; M. Spasari, "Diritto criminale e scienza del diritto criminale. Oggetto e metodo della dottrina criminale e della criminologia", in *Giur.it.*, 1990, IV, col. 506 ss. Vedi anche F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

individuata dal legislatore – rappresenta uno *status* infatti o una qualità soggettiva del reo, il quale deve risultare, al momento della commissione del fatto, in grado di intendere e di volere la commissione del reato, e cioè, in via di prima approssimazione, di comprendere il significato delle proprie azioni e di formare la propria volontà, attraverso l'esercizio dei propri poteri di impulso o di inibizione²³⁴. Diversamente, il presupposto di coscienza e volontà della condotta non riguarda in generale la persona del reo ma si riferisce, in concreto, alla riferibilità al soggetto agente della condotta posta in essere: non si tratta dunque di un requisito potenziale ed astratto, bensì attuale e concreto, per una effettiva ed attuale coscienza e volontà richiesta in relazione allo specifico fatto commesso²³⁵. Non è dunque corretto sovrapporre i due elementi della colpevolezza, i quali operano su piani diversi, riferibili a categorie aristoteliche di atto, la coscienza e volontà, e di potenza, l'imputabilità. Inoltre, la capacità di intendere e di volere, pur dovendo essere accertata in relazione al singolo reato e al momento della commissione del fatto, costituisce uno *status* del soggetto agente, che si presume, in caso di soggetto agente maggiorenne, per tutti i fatti commessi in assenza di cause di esclusione dell'imputabilità, laddove la coscienza e la volontà si riferiscono ed esauriscono la propria rilevanza in relazione al singolo fatto concreto, posto in essere dal soggetto agente²³⁶.

²³⁴ F. Mantovani, *“Diritto penale”*, Milano, 2019, pag. 288; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss. In senso negativo: G. Sabatini, *“L'azione dell'incapace d'intendere e di volere”*, in *Riv. pen.* 1934; G. Marini e M. Portigliatti Barbos, *“La capacità di intendere e di volere nel sistema pen. ital.”*, Milano, 1964; A. Pagliaro, *“Principi”*, Milano, 2008; B. Petrocelli, *“La colpevolezza”*, Padova, 1955; A. Crespi, *“Imputabilità”*, in *Enc. dir.*, XX, 1970; P. Nuvolone, *“Il sistema”*, Padova, 1975.

²³⁵ Può essere commesso senza coscienza e volontà un reato da parte di un soggetto imputabile; al contrario, anche un soggetto non imputabile potrà commettere un fatto con coscienza e volontà, ma non potrà rispondere penalmente per mancanza della capacità di intendere e di volere: si pensi al minore tredicenne che ponga in essere una condotta criminosa, in stato di piena coscienza e volontà, ma senza essere imputabile, perché minore degli anni quattordici. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²³⁶ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

2 L'ANTIGIURIDICITÀ: CATEGORIA RICOSTRUITA ALLA LUCE DELL'INTERO DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO

Precedentemente abbiamo trattato della tipicità del reato che, secondo la teoria tripartita, attiene all'elemento oggettivo dell'illecito penale, cioè al "fatto" previsto dalla legge come reato. Perché assumano rilevanza penale, non è tuttavia sufficiente che il comportamento del reo e le sue conseguenze integrino gli estremi di una fattispecie criminosa, occorrendo altresì che il fatto sia stato commesso in assenza di causa di giustificazione e che presenti perciò carattere antiggiuridico²³⁷. L'antigiuridicità rappresenta l'elemento normativo del reato – e in questa *sedes materiae* uno degli aspetti portanti della tematica trattata – il quale si affianca all'elemento oggettivo, la tipicità, ed all'elemento soggettivo, la colpevolezza, ed attiene al suo carattere illecito, cioè contrario all'ordinamento giuridico (*contra ius*) e da esso non autorizzato o giustificato²³⁸. Allorché la condotta del reo integri gli estremi di una fattispecie astratta di reato, si presume che il fatto tipico sia antiggiuridico²³⁹. La peculiarità del regime probatorio delle cause di giustificazione è legata, da un lato, alla natura negativa del requisito dell'antigiuridicità, che sussiste solo quando non vi sono cause di giustificazione; dall'altro, alla vigenza nel nostro ordinamento della presunzione di innocenza sino alla sentenza di condanna passata in giudicato, di cui l'imputato beneficia ai sensi dell'art. 27, secondo comma, Cost.²⁴⁰ La particolare natura negativa dell'accertamento dell'antigiuridicità, che richiede di dimostrare che non sussistono cause di giustificazione, renderebbe tuttavia eccessivamente gravoso il compito della pubblica accusa, tenuta a offrire in giudizio la prova della inesistenza²⁴¹ di un numero potenzialmente infinito di ipotetiche cause di giustificazione; onde evitare, dunque, da

²³⁷ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss

²³⁸ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; T. Padovani, op. cit.; C. Roxin, op. cit.

²³⁹ È dunque onere della difesa dell'imputato allegare la sussistenza di una c.d. causa di giustificazione, definita scriminante o causa di esclusione dell'antigiuridicità, in presenza del quale viene meno l'illiceità della condotta e il fatto non è punibile. L'onere che grava sulla difesa è dunque di mera allegazione e non richiede la dimostrazione in giudizio della sussistenza di una causa di giustificazione. G. Conso-V. Grevi-M. Bargis, "Compendio di procedura penale", Padova, 2018, op. cit.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²⁴⁰ Quest'ultima disposizione impedisce di porre a carico dell'imputato l'onere probatorio di dimostrare la propria innocenza, che si presume, facendo gravare, di conseguenza, sul Pubblico Ministero il compito di dimostrare in giudizio ogni elemento costitutivo del reato. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196.

²⁴¹ Da cui il carattere negativo. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

un lato, l'imposizione di una c.d. *probatio diabolica*, impossibile da realizzare e, dall'altro, la violazione della presunzione costituzionale di innocenza dell'imputato, la giurisprudenza ha posto in capo a quest'ultimo un mero onere di allegazione della sussistenza di un'eventuale causa di giustificazione²⁴². A seguito dell'allegazione di una causa di giustificazione, individuata nello specifico dalla difesa, spetterà all'accusa provare in giudizio la sua inesistenza e, di conseguenza, l'antigiuridicità del fatto²⁴³. In seguito al breve quadro processuale illustrato, occorre tornare e più profondamente delineare la disciplina sostanziale di questa categoria dogmatica. Come è già stato affermato, il reato consiste nella violazione di un precetto dell'ordinamento giuridico-penale, sua nota fondamentale è il contrasto, l'opposizione col diritto²⁴⁴. Questa contraddizione viene indicata con il termine "antigiuridicità" ed anche "illiceità"²⁴⁵. Essa, l'antigiuridicità, non è, come ritiene una larga corrente dottrina, una componente, vale a dire, un elemento costitutivo dell'illecito. Essa è molto di più: è come fu rivelato dal Rocco²⁴⁶ con felice espressione, "l'essenza stessa, la natura intrinseca, l' "in se" del reato". Dato che il reato è l'infrazione della norma penale ed in tale relazione si esaurisce la sua essenza, l'illiceità non può ritenersi un elemento che concorre a formare il reato, ma deve considerarsi carattere essenziale di esso. Essa ne

²⁴² La difesa non è cioè tenuta a dimostrare l'esistenza di una causa di giustificazione ma ad indicare quale causa di giustificazione si assuma operare nel caso concreto, senza tuttavia doverne dimostrare l'effettiva sussistenza. Ad esempio, a fronte di un comportamento violento dell'imputato nei confronti della persona offesa, la difesa dovrà esclusivamente invocare la scriminante della legittima difesa, senza essere tenuta a dimostrare la sussistenza dei relativi requisiti. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196.

²⁴³ In questo modo si garantisce il rispetto della presunzione di innocenza e, nel contempo, attraverso l'onere di allegazione delle cause di giustificazione che la difesa intenda invocare in giudizio, si consente al p.m. di concentrare i propri sforzi probatori su circostanze specifiche e concrete, scongiurando il rischio della *probatio diabolica*. Ai sensi dell'art. 530 c.p.p, infatti, qualora il p.m. non riesca a dimostrare la mancanza di cause di giustificazione e, quindi, l'antigiuridicità della condotta, il giudice dovrà mandare assolto l'imputato: è cioè sufficiente un mero dubbio circa la presenza di una causa di giustificazione per impedire al giudice penale di pervenire ad una sentenza di condanna. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²⁴⁴ Si è negato in genere che l'atto illecito possa violare la legge, o il diritto oggettivo, per il riflesso che questa, nonostante l'atto in parola, rimane integra nella sua validità giuridica. Si può peraltro rilevare, nel Petrocelli, che quando si parla di violazione della legge, non si pensa ad una lesione della stessa, ma si considera il comando che le è inerente e si vuole dire che tale comando non è stato osservato. Questa inosservanza senza dubbio può verificarsi, ma è ovvio che di per sé sola non implica che la legge, o il diritto oggettivo, perde alcunché della sua validità generale. B. Petrocelli, op. cit., pag. 16-17. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²⁴⁵ F. Antolisei, op. cit., pag. 196 ss. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.

²⁴⁶ A. Rocco, "L'oggetto", Milano, 1913, pag. 475. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

esprime l'intima natura²⁴⁷. L'antigiuridicità, considerata nella sua essenza, non è altro che “*un giudizio*”, e precisamente un giudizio di relazione. Dunque, nel parlare di antigiuridicità si esprime un giudizio su un fatto, si compie una valutazione, riconoscendo che il fatto è contrario ad un precetto dell'ordinamento giuridico. Tale giudizio viene effettuato dal giudice, *rectius*, dall'interprete, ma questi non fa che riprodurre in sé la valutazione dell'ordinamento giuridico, il quale, nel proibire il fatto, ha conferito ad esso l'impronta della riprovevolezza, considerandolo contrario ai fini dello Stato. Il fatto riprovato dal diritto di qualifica “fatto illecito”²⁴⁸. L'ordinamento giuridico-penale, allo scopo di eliminare incertezze sul contenuto e sulla portata dei suoi comandi, segue il sistema di indicare con la maggiore precisione possibile i fatti proibiti. Di ognuno di questi il legislatore fissa le caratteristiche: li descrive in modo che i cittadini sappiano ciò che è permesso e ciò che è vietato²⁴⁹. Quindi, affinché un fatto concreto costituisca reato, è necessario che esso corrisponda alla figura delineata dal legislatore; occorre, in altri termini, che il soggetto abbia realizzato un'azione simile, o meglio conforme a quella contemplata nella norma incriminatrice. Senonché, bisogna tener presente che il legislatore, a causa della complessità dei rapporti della vita sociale e dell'intrecciarsi dei vari interessi, talune volte autorizza e in qualche caso persino comanda comportamenti che di regola sono vietati. In conseguenza nella legge sono previste ipotesi generali nelle quali l'azione dell'uomo, pur presentando i requisiti indicati in una norma incriminatrice, non è sottoposta all'azione penale²⁵⁰. Dato questo sistema, affinché un fatto costituisca reato ovvero nello stesso sussista l'antigiuridicità penale, non basta che il medesimo corrisponda ad una delle particolari ipotesi previste dalla legge: è necessario che non sussistano le c.d. cause di giustificazione. Al ricorrere di queste due condizioni, l'una positiva, l'altra negativa, può parlarsi di reato. Da quanto

²⁴⁷ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.. Per una netta presa di posizione in dottrina si veda: P. Nuvolone, “*I limiti taciti della norma penale*”, Palermo, 1947; G. Guarnieri, “*Diritto penale e influenze civilistiche*”, Milano, 1947; B. Petrocelli, “*Riesame degli elementi del reato*”, in “*Studi in onore di F. Antolisei*”, v. III.

²⁴⁸ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²⁴⁹ Ad esempio per quanto riguarda il reato di truffa: “*Chiunque, con artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da cinquantuno euro a milletrecentadue euro*” ex art. 640 c.p. Ogni norma incriminatrice fornisce in tal modo la figura astratta, tipo o modello, di un reato. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²⁵⁰ A titolo esemplificativo: mentre il cagionare la morte di una persona è normalmente vietato, chi uccida per legittima difesa è esente da pena. In questo caso si è in presenza di una causa di giustificazione. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

si è detto deve desumersi che l'assenza di cause di giustificazione è indispensabile perché sussista l'antigiuridicità penale e quindi il reato. Il verificarsi di una di queste cause non fa venir meno l'antigiuridicità anzidetta, ma impedisce che questa sorga²⁵¹. Quando, infatti, si riscontra una causa di giustificazione, il fatto *ab origine* è lecito, e cioè non costituisce reato, come non costituisce reato il fatto che non corrisponde a nessuna delle figure criminose previste nella legge. Deve altresì dedursi correttamente da un'autorevole corrente dottrina che le cause in parola sono considerate come elementi negativi del fatto, cioè essere in realtà integrano le fattispecie criminose, in quanto la loro presenza produce gli stessi effetti della mancanza degli elementi essenziali dei singoli reati risultanti dalle varie norme incriminatrici. Naturalmente la presenza di un elemento negativo, dal punto di vista del diritto rileva solo quando tutti gli elementi positivi esprimono il modello astratto del reato²⁵². Occorre dar massimo rilievo al fatto oggettivo che per l'esistenza del reato non è necessario che in concreto all'autore del fatto illecito sia applicabile una pena, come molti giuristi ritengono: basta che sussistano le due condizioni sopra indicate, e cioè la conformità del fatto ad una figura di reato e l'assenza di cause di giustificazione²⁵³. L'antigiuridicità, come carattere essenziale del reato, è immanente nel reato stesso: lo investe nella sua totalità, e cioè in tutti i fattori che lo costituiscono. Per questo motivo non possiamo accogliere la teoria secondo la quale l'antigiuridicità ha natura oggettiva, intendendosi con ciò dire che il giudizio relativo si esprime sulla base del solo aspetto materiale del reato²⁵⁴. Prescindendo dalla fragilità della ragione che è addotta in sostegno di questa concezione²⁵⁵, fragilità che è stata dimostrata in modo convincente²⁵⁶, può sembrare che

²⁵¹ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²⁵² M. Gallo, "Appunti", vol. II, parte I; T. Padovani, "Dir. pen.", op. cit., pag. 175 ss, con atteggiamento critico rispetto alla teoria in esame. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²⁵³ Ci si convince di ciò agevolmente, riflettendo che, se occorresse l'effettiva irrogabilità della pena nei casi concreti, dovrebbe escludersi, ad es., la qualifica di delitto al furto fra prossimi congiunti nelle ipotesi contemplate nell'art 649 c.p., il che sembra evidentemente inammissibile. In queste ed in altre ipotesi, anche se l'autore non sia assoggettabile a pena per "cause di esclusione della punibilità", il reato sussiste. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²⁵⁴ Fra gli scrittori italiani: G. Delitala, "Il fatto", Padova, 1930; B. Bettiol- L. Pettoello Mantovani, "Dir. pen.", Padova, 1986; T. Padovani, "Dir. pen.", op. cit.; F. Carnelutti, "Teoria", Napoli, 1999; A. Pagliaro, "Principi", Milano, 1972; F. Mantovani, "Dir. pen.", op. cit.; sulle matrici storiche della teoria dell'antigiuridicità obiettiva cfr. T. Padovani, "Alle radici di un dogma: appunti sulle origini dell'antigiuridicità obiettiva", in Riv.it., 1938. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²⁵⁵ L'ordinamento giuridico prima valuterebbe le azioni umane nella loro direzione oggettiva e poi imporrebbe ai sudditi di comportarsi in un certo modo. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F.

non sia mai possibile pronunciare il giudizio di liceità o meno di un comportamento dell'uomo, se non si considera l'atteggiamento della volontà dello stesso²⁵⁷. Astraendo da questo elemento soggettivo, noi non ci troviamo di fronte ad un fatto "umano", ma ad una frazione, ad un vero e proprio moncone di esso²⁵⁸. Dunque, avulso dal suo contenuto spirituale, il fatto dell'uomo non differisce dalle forze brute della natura e non può avere alcun significato per l'ordinamento giuridico. Se ben si riflette, a riprova di ciò, non esiste un solo caso in cui il fatto dell'uomo possa qualificarsi "antigiuridico", guardando soltanto al suo aspetto esteriore²⁵⁹. Se ne deve concludere, allora, che non esiste antigiuridicità oggettiva: essa, riguardando il reato nel suo complesso, non può essere né soggettiva, né oggettiva. È semplicemente il "rapporto di contraddizione" tra il fatto, unitariamente considerato, ed i dettami dell'ordine giuridico²⁶⁰. Il problema dell'antigiuridicità è intimamente connesso al problema delle fonti. Poiché il reato è, per definizione, un fatto penalmente antigiuridico, l'antigiuridicità è *formale* o *sostanziale* a seconda che si assuma come fonte del diritto penale la sola legge positiva o anche altre fonti extralegali²⁶¹. L'antigiuridicità *formale* sta ad indicare il rapporto di contraddizione tra il fatto e la legge: ossia l'antigiuridicità legale, non esistendo altre fonti fuori dalla legge. Propria degli ordinamenti penali incentrati sul principio di legalità formale e sulla concezione formale del reato, essa svolge quella funzione garantista propria dello Stato di diritto, pur potendo degradare a strumento di un diritto penale autoritario o del privilegio. Anche nell'ambito degli ordinamenti del presente tipo si distingue, per la verità, tra *antigiuridicità formale* e *materiale*, intendendosi designare, con la prima, l'azione in quanto violatrice della norma di legge, e con la seconda, l'azione in quanto offensiva del bene protetto dalla legge: cioè l'offesa di

Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²⁵⁶ V. Petrocelli, "Pericolosità e antigiuridicità", in *Riv. dir. pen.*, 1937. Vedi F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²⁵⁷ F. Antolisei, "L'analisi del reato", in *Scritti*, op. cit.

²⁵⁸ F. Antolisei, op. cit., pag. 202. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.

²⁵⁹ Si pensi ad esempio al reato di sabotaggio contemplato nel capoverso dell'art. 508 c.p.. Obiettivamente i casi che rientrano nella figura giuridica non sono diversi dai danneggiamenti di macchine, strumenti, ecc. che spesso si verificano negli stabilimenti industriali o agricoli per incapacità degli operai, errori di manovra ed altre simili cause. Il fatto può ritenersi antigiuridico solo quando sia compiuto intenzionalmente, e cioè col proposito di danneggiare l'azienda. Persino l'uccisione di un uomo non si può qualificare "fatto antigiuridico", se non viene considerato il momento soggettivo. Se, infatti, l'evento è stato cagionato per caso fortuito o per forza maggiore, l'uccisione di fronte al diritto, non differisce appunto dalla morte di un uomo determinata, ad esempio, da un fulmine o da un masso che cade dall'alto. F. Antolisei, op. cit., 202 ss.

²⁶⁰ F. Antolisei, op. cit., 202 ss.

²⁶¹ F. Mantovani, op. cit., pag. 103 ss.

esso²⁶². Ma proprio perché il riferimento è sempre alle valutazioni della legge, l'antigiuridicità è, in realtà, sempre legalistico-formale. Perciò altri autori più esattamente preferiscono parlare, accanto ad un *aspetto formale*, di un *aspetto sostanziale*, di "contenuto" della antigiuridicità, che non è però né distinto né contrapposto al primo e, di certo, nulla ha a che fare con l'autentica antigiuridicità materiale²⁶³. *L'antigiuridicità sostanziale o materiale* sta ad indicare, viceversa, il contrasto del fatto col diritto materiale o, più propriamente, tra il fatto e gli interessi sociali tutelati dal diritto, legislativo o extralegislativo che sia: con l'ordinamento giuridico nella sua unitarietà di fonti formali e sostanziali, tra loro collegate ed integrate secondo determinati criteri di coordinazione. Tale antigiuridicità coincide con la "pericolosità sostanziale" della condotta: è sostanzialmente antigiuridica la condotta socialmente pericolosa. Può consistere anche nel solo contrasto col diritto extralegislativo. E, nella sua formulazione più radicale, si pone in posizione di "primato" rispetto all'antigiuridicità formale, tendendo a sovrapporsi o contrapporsi alla legge: sia in *bonam* che in *malam partem*²⁶⁴. Propria degli ordinamenti penali incentrati sul principio di legalità sostanziale e sulla conseguente concezione materiale del reato, essa esprime l'esigenza di una più efficace difesa sociale ed anche di una più concreta giustizia, ma per la estrema strumentalizzabilità politica costituisce un pericoloso mezzo di discriminazione e persecuzione. Il che avvenne o avviene nel *diritto penale dei paesi nazionalsocialisti*, il quale addirittura aprì le porte all'intuizionismo quale mezzo per attingere il diritto vivente dalle fonti sostanziali del sano sentimento di giustizia del Popolo. E dalla antigiuridicità materiale trasse vita la stessa figura del "Tipo normativo d'autore", che, nella sua funzione di guida nella applicazione della pena, svolse una duplice funzione sia repressiva sia scriminante²⁶⁵. Nelle posizioni più moderate, attraverso l'antigiuridicità sostanziale ci si propone, invece, non di sradicare il principio del *nullum crimen sine lege*, ma solo di adeguare continuamente le astratte e rigide

²⁶² F. Von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlino, 1905; A. Rocco, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica pen.*, Torino, 1913. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²⁶³ Sulla letteratura sul tema si veda: G. Delitala, *Il fatto*, op. cit.; B. Petrocelli, *L'antigiuridicità*, Padova, 1966, op. cit.; P. Nuvolone, *I limiti*, op. cit.; G. Vassalli, *La dottrina italiana dell'antigiuridicità*, in *Jescheck Festschrift*, 1985; T. Padovani, *Alle radici di un dogma: appunti sulle origini dell'antigiuridicità obiettiva*, in *Riv.it.*, 1983; A. Pagliaro, *Il reato*, op. cit. Vedi F. Mantovani, op. cit., pag. 104.

²⁶⁴ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²⁶⁵ Ad esempio, si riteneva non rispondente al "tipo" di delinquente, sottinteso dal legislatore e dalla coscienza popolare alla norma incriminatrice dell'omicidio e dell'aborto, il medico che procedeva all'eutanasia pietosa, eugenica, economica, o all'aborto eugenico. F. Mantovani, op. cit., pag. 104.

formule della legge al divenire della vita e, esclusivamente, *in bonam partem*²⁶⁶. Così da parte della dottrina tedesca, la quale, al fine di scriminare attività socialmente utili o non pericolose, ma non riconducibili alle c.d. *scriminanti codificate*²⁶⁷ fece ricorso all'antigiuridicità materiale attraverso le teorie²⁶⁸: 1) del *bilanciamento degli interessi in conflitto*, con la prevalenza dell'interesse di maggior valore secondo gli indici desumibili dalla legge, quali quantità o qualità della pena prevista per la loro tutela, ecc., e se ciò non è possibile, dalle c.d. "norme di civiltà"²⁶⁹. Principio, usato non solo come criterio sussidiario di interpretazione di certe scriminanti codificate, quali la proporzionalità nella legittima difesa, ma come criterio per l'introduzione di scriminanti non codificate; 2) del *giusto mezzo per un giusto scopo*, per la quale un'azione è conforme al diritto e, quindi, non punibile quando rappresenta il *mezzo adeguato* per la realizzazione di uno *scopo riconosciuto giusto* dall'ordinamento legislativo, o secondo i valori sociali che, al di fuori di esso, determinano le azioni umane²⁷⁰; 3) dell'*azione socialmente adeguata*, tale essendo ritenuta ogni azione, che, pur se apparentemente punibile, è conforme alle esigenze ed alle finalità sociali di una comunità in un determinato momento storico e, pertanto, non costituisce reato. La dottrina dell'adeguatezza sociale è però, costantemente oscillante tra le posizioni di coloro che ad essa ricorrono soprattutto per fornire uno strumento di interpretazione evolutiva della norma legislativa, per determinare cioè i limiti esegetici via via che mutano i valori della società²⁷¹, e di coloro che su di essa, invece, fanno leva per trovare scriminanti

²⁶⁶ F. Mantovani, op. cit., pag. 104.

²⁶⁷ Attività medico-chirurgica, attività sportiva violenta, informazioni commerciali, circonscisione degli isrealiti, uccisione in guerra. F. Mantovani, op. cit., pag. 104.

²⁶⁸ La costante predisposizione della dottrina tedesca ad attingere il diritto, in qualche misura, da fonti anche materiali affonda le proprie radici ultime nell'Anima germanico-protestante, per cui ogni norma prima che dalla legge scaturisce dalla coscienza della Comunità originaria, onde la stessa inconcepibilità di un contrasto tra norme e soggetto-membro della comunità e la fedele ubbidienza della legge. F. Mantovani, op. cit., pag. 105.

²⁶⁹ Così M.S. Mayer, "*Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*", Heidelberg, 1923; Per il bilanciamento in termini non quantitativi, naturalistico-matematici, ma qualitativi, di valore si veda: G. Bettiol- L. Pettoello Mantovani, "*Diritto penale*". Col criterio di bilanciamento fu risolto il problema dei *conflitti di doveri (Pflichtenkollisionem)*. Sulle discussioni sorte al riguardo in Germania, ivi mancando una norma sullo stato di necessità ampia come la nostra, si veda: Gallas, "*Pflichtenkollisionem als Schuldausschliessungsgrund*", in *Festschrift Mezger*, 1954; A. Baratta, "*Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*", Milano, 1963. F. Mantovani, op. cit., pag. 104.

²⁷⁰ Formulata dal Zu Dohna, "*Die Rechtswidrigkeit*", Halle, 1905, la teoria fu ripresa in Italia dal De Marsico, "*Lezioni di diritto penale*", Napoli, 1937. Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 104.

²⁷¹ H. Welzel, "*Der allgemeine Teil des Strafrechts in seinen Grundzügen*", Berlin, 1940; E' questa la posizione della dottrina italiana, richiamantesi all'adeguatezza sociale. Così il G. Bettiol, "*Diritto penale*", per il quale nei casi di azione socialmente adeguata non si pone neppure il problema della giustificazione perché manca di tipicità; C. Fiore, "*L'azione socialmente adeguata nel diritto pen.*", Napoli, 1966, per il quale si tratta di fornire uno strumento logico al giudice per meglio determinare l'ambito della incriminazione secondo la *ratio* della norma, onde nessun contrasto vi sarebbe con il principio di legalità; G. Gregori, "*Adeguatezza sociale e teoria del reato*", Padova, 1969, il quale, dopo

tacite al di fuori della legge, fino a pervenire ad uno svuotamento del principio di legalità formale. Come contro l'antigiuridicità materiale in generale, così contro tali teorie l'obiezione di fondo, da sempre, è la pressoché impossibilità, tranne alcuni casi limite, di una loro pratica applicazione, data la difficoltà di identificare obiettivamente i valori in base ai quali graduare gli interessi da bilanciare, di determinare l'adeguatezza del mezzo e la giustizia dello scopo, di stabilire l'adeguatezza sociale della azione²⁷². Le suddette categorie scriminanti extralegali sono state, esplicitamente ed implicitamente, evocate in certe pronunce della magistratura italiana ed in certe affermazioni dottrinali per mitigare certe fratture tra legge e realtà sociale o sotto spinte ideologiche radicalmente contestatrici. E si è riproposta, altresì, l'idea della "adeguatezza sociale" come una moderna via d'uscita dalla attuale crisi del diritto, sia di fronte alla crescente insofferenza verso un diritto positivo, interpretato in termini puramente logico-deduttivi ed incapace di appagare ideali di concreta giustizia, sia contro un pericoloso desiderio di evasione dal diritto positivo verso il "diritto libero"²⁷³. La nostra Costituzione accoglie una concezione di antigiuridicità né sostanziale, aperta all'arbitrio del giudice, né meramente formale, aperta all'arbitrio del legislatore, ma formale-sostanziale. Con il sancire il principio *nullum crimen sine lege* ha inteso ribadire che l'antigiuridicità è contrasto del fatto con la legge. Col sancire, però, il principio della tutela penale dei soli valori costituzionalmente rilevanti o non incompatibili, e prevalenti rispetto ad altri eventuali valori collidenti, pur se costituzionalmente protetti, ha inteso affermare che l'antigiuridicità è contrasto del fatto non con qualsiasi legge penale, ma soltanto con la legge conforme a Costituzione²⁷⁴. Sicché l'antigiuridicità, se sotto il profilo formale è il rapporto di contraddizione tra il fatto umano e la legge penale costituzionalmente legittima, sotto il profilo sostanziale è il rapporto di contraddizione tra il fatto umano e i valori costituzionali, o non incompatibili con la Costituzione, tutelati dalla legge penale²⁷⁵. Sotto altro profilo, si ha l'*antigiuridicità* o *illiceità speciale* nei casi in cui la

aver affermato l'esigenza di ricorrere al metodo teleologico-storico come mezzo di adattamento della norma ai valori mutuati, attraverso anche l'aiuto della intuizione, finisce per riconoscere che si tratta pur sempre di interpretazione restrittiva o evolutiva; E. Morselli, "Analogia", in Ind. Pen., 1990. Vedi F. Mantovani, op. cit., pag. 104.

²⁷² F. Mantovani, op. cit., pag. 104.

²⁷³ P. Nuvolone, "I limiti", op. cit.; G. Bettiol, "Aspetti e problemi", op. cit.; G. Gregori, "Adeguatezza", op. cit.; F. Mantovani, op. cit., pag. 104.

²⁷⁴ F. Mantovani, op. cit., pag. 104.

²⁷⁵ "Con il conseguente duplice potere-dovere, per il giudice, di adeguare, in via interpretativa, la legislazione penale alla Costituzione, riplasmandone gli interessi tutelati e facendo filtrare, attraverso gli elementi "vivi" della fattispecie, i valori costituzionali nella loro più attuale e concreta accezione, o altrimenti, di sospenderne l'applicazione, investendo la Corte cost. della questione di costituzionalità per gli interventi interpretativi o amputativi necessari. Resta, però, il problema di fondo di procedere ad un

legge richiede, tra i requisiti del fatto tipico, anche elementi normativi che ne implicano, di per sé, una illiceità già in base a norme extrapenali. Rileva, specie, ai fini dell'errore²⁷⁶.

2.1 Fondamento e ratio delle cause di giustificazione

Le cause di giustificazione sono individuate dal legislatore agli artt. 50 ss. c.p., e costituiscono ipotesi tipiche, nonostante parte della dottrina e della giurisprudenza di merito abbia sostenuto la possibilità di estenderne la portata attraverso il procedimento analogico²⁷⁷. In questa sede introduttiva occorre dare atto del carattere eterogeneo delle cause, che ha sollevato in dottrina dubbi riguardo la *ratio* sottesa alla categoria; in via di approssimazione, l'art. 50 c.p. prevede la scriminante del consenso dell'avente diritto, che esclude la punibilità quando l'offesa del bene giuridico tutelato sia stata autorizzata da chi possa validamente disporre; l'art. 51, invece, esclude la punibilità allorché il fatto tipico sia stato posto in essere nell'esercizio di un diritto ovvero in esecuzione di un dovere imposto da una norma giuridica o di un ordine legittimo della pubblica Autorità; l'art. 52 esclude l'antigiuridicità quando il soggetto attivo abbia agito per legittima difesa, mentre l'art 53 c.p. prende in considerazione l'uso legittimo delle armi da parte di un pubblico ufficiale; infine l'art. 54 c.p. disciplina lo stato di necessità, che ricorre

aggiornamento di un intero sistema penale, alla realizzazione del quale, se non interviene il potere legislativo, sarà fatalmente sempre più tentato il giudice: attraverso le vie nebulose e pericolose dell'antigiuridicità materiale". Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 104.

²⁷⁶ L'illiceità speciale può essere: 1) *espressa*, quando la legge richiede espressamente che il fatto sia commesso "illegittimamente", "abusivamente", "indebitamente", "arbitrariamente", "abusando dei poteri" o "delle qualità", ecc. (es. artt. 348, 328); 2) *implicita*, quando il requisito della illiceità speciale si desume implicitamente dalla considerazione complessiva della fattispecie legale: es. per i concetti di "usurpazione" di un potere politico (art. 287 c.p.) e di "distrazione" (art. 323), che implicano la contrarietà alle norme amministrative relative alla assunzione dei pubblici poteri o alla destinazione delle cose della pubblica amministrazione. Va distinta però l'illiceità speciale *reale* da quella *apparente*, che si ha nei casi in cui il richiamo all'illiceità speciale si limita a ribadire la necessità dell'assenza di scriminanti e, perciò, non occorre a descrivere il fatto tipico (es: artt. 615 *bis*, 615 *ter*). Una particolare qualificazione dell'illiceità si ha pure nei casi in cui la legge richiede, tra i requisiti del fatto tipico, anche gli elementi negativi del "senza giusta causa" (artt.616-622), del "senza necessità" (art. 638), ecc., per cui ricorrendo la giusta causa, la necessità, ecc., il fatto è lecito oltre le ipotesi previste dalle scriminanti codificate, ma pur sempre sulla base di bilanciamento e di giudizio di proporzione, affidati però al giudice, stante la difficoltà di codificare tutte le ipotesi riconducibili a tali categorie. Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 104.

²⁷⁷ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

quando il fatto risulti commesso per evitare un danno grave alla propria o altrui persona²⁷⁸. Forti sono le differenze che caratterizzano, specie sul piano funzionale, le diverse scriminanti e che hanno diviso la dottrina riguardo l'individuazione della relativa *ratio*. Sul punto si sono divisi due orientamenti, di cui il primo ha inteso individuare un'unica e comune funzione delle cause di giustificazione ed il secondo ha invece ritenuto che ciascuna scriminante risponda ad una *ratio* autonoma e distinta²⁷⁹. I sostenitori della c.d. *teoria monista* si sono a propria volta divisi in merito alla funzione da assegnare alla categoria delle scriminanti; in particolare, secondo una prima impostazione, le scriminanti risponderebbero al principio di non contraddizione dell'ordinamento giuridico, in forza del quale non è consentito sanzionare, specie in sede penale, una condotta che l'ordinamento stesso autorizza o impone²⁸⁰. Tale ricostruzione si fonda principalmente sul disposto dell'art 51 c.p. che esclude la punibilità quando il soggetto abbia agito nell'esercizio di un diritto o nell'adempimento di un dovere giuridico; i sostenitori di tale impostazione osservano inoltre che la presenza di una causa di giustificazione esclude l'illiceità del fatto e la relativa sanzione non soltanto in relazione alla responsabilità penale, ma anche con effetti in ogni altra branca del diritto, ivi compresa dunque la responsabilità amministrativa, civile o disciplinare²⁸¹. Si è tuttavia rivelato che questa spiegazione in merito al fondamento e alla funzione delle cause di giustificazione mal si concilia con alcune ipotesi di scriminanti, come ad esempio il consenso dell'avente diritto, in cui l'offesa non è autorizzata dall'ordinamento ma dal titolare del bene leso; del pari, non è dato ravvisare una *ratio* di non contraddizione nel disposto dell'art. 52 c.p. o dell'art. 54, che prendono in considerazione il rapporto tra l'offesa realizzata dal soggetto attivo ed il pericolo di un'offesa futura, senza perciò tendere a prevenire un contrasto tra norme giuridiche²⁸². Alla luce delle descritte obiezioni è stata pertanto elaborata una seconda ricostruzione del fondamento delle cause di giustificazione e della loro funzione, sostenendo che l'istituto risponda ad un'esigenza di *bilanciamento di interessi*, che consente di escludere la punibilità allorché l'interesse di cui sia portatore il soggetto attivo risulti prevalente o quantomeno equivalente al bene giuridico leso dalla condotta²⁸³. Anche

²⁷⁸ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

²⁷⁹ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

²⁸⁰ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

²⁸¹ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

²⁸² F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

²⁸³ Ad esempio, nel caso della legittima difesa, l'interesse a proteggere i propri beni o la propria integrità da un'offesa ingiusta altrui prevale sull'interesse dell'aggressore, stante il carattere illecito della sua

questa ricostruzione è stata tuttavia criticata per il suo carattere parziale, che non si adatta a tutte le ipotesi di scriminanti individuate dal legislatore²⁸⁴. Proprio il carattere parziale e non esaustivo delle teorie moniste ha indotto parte della dottrina a rinunciare ad una ricostruzione unitaria del fondamento e della *ratio* delle cause di giustificazione, ricercandoli in maniera puntuale per ciascuna di esse. Si è pertanto sostenuto che la funzione di prevenire contraddizioni all'interno dell'ordinamento giuridico sia propria delle scriminanti disciplinate ex art. 51 c.p. e, in particolare, dell'esercizio di un diritto e dell'adempimento di un dovere giuridico, nonché dell'uso legittimo delle armi, di cui all'art. 53 c.p., stante l'inerenza della condotta offensiva all'esercizio di una pubblica funzione, disciplinata legislativamente²⁸⁵. Nel contempo si è fatto ricorso alla teoria di bilanciamento di interessi con esclusivo riferimento alla legittima difesa ed allo stato di necessità, in presenza dei quali il giudice penale è chiamata a valutare se sussista un'effettiva proporzione tra l'offesa arrecata e l'offesa pervenuta, bilanciando gli interessi in gioco²⁸⁶. Parte della dottrina estende tale soluzione anche alla scriminante del consenso dell'avente diritto, precisando che in tal caso il consenso farebbe venir meno l'interesse della persona offesa, con conseguente prevalenza, nel bilanciamento, dell'interesse del soggetto attivo²⁸⁷. A tale impostazione si contrappone tuttavia la teoria della carenza di interesse, che individua così una terza ed autonoma *ratio* della causa di giustificazione ex art. 50 c.p.: il venire meno dell'interesse renderebbe superfluo operare il bilanciamento. Il Mantovani sostiene infatti che le *cause di giustificazione* o *scriminanti* sono particolari situazioni in presenza delle quali un fatto, che altrimenti sarebbe reato, tale non è perché la legge lo impone o consente²⁸⁸. Esse sono “variabili storiche”, attraverso cui la dinamica dei mutamenti sociali penetra nel diritto penale e sposta, a seconda dei vari ordinamenti, i confini dell'illecito. Problematico è il fondamento e la collocazione dogmatica di queste. Anche il Mantovani sottolinea la

azione; del pari, nel caso di esercizio di un diritto si può escludere la punibilità quando il diritto esercitato presenti un valore superiore o almeno equivalente a quello leso. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

²⁸⁴ Si menziona il caso del consenso dell'avente diritto, in cui non occorre procedere ad un bilanciamento di interessi, posto che il titolare del bene protetto ha autorizzato a monte l'offesa. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

²⁸⁵ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

²⁸⁶ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

²⁸⁷ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

²⁸⁸ Si veda in generale: P. Nuvolone, “*I limiti taciti*”, Padova, 1972; R. Dolce, “*Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel dir. pen.*”, Pavia, 1960-61; L. Santamaria, “*Lineamenti di una dottrina delle esimenti*”, Napoli, 1961; G. Contento, “*Limiti della norma e fattispecie non punibili*”, in *Arch. Pen.*, 1965; Carlo F. Grosso, “*Cause di giust.*”, in *Enc. giur.*, VI, 1988; F. Bellagamba, “*I problematici confini della categoria delle scrim.*”, Milano, 2007; M. Donini, “*Antigiuridicità e giustificazione*”, Milano, 1996. Si veda inoltre F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

distinzione tra il fondamento *politico-sostanziale* della illiceità del fatto, che si rinviene, secondo il dominante criterio pluralistico, nell'interesse mancante o nell'interesse prevalente o equivalente²⁸⁹. Il fatto scriminato è lecito sotto il profilo penale ed extrapenale, cioè per l'intero ordinamento giuridico, stante l'unitarietà dello stesso; perciò non giuridicamente sanzionabile e non impedibile, ad esempio mediante la legittima difesa, con eccezione per lo stato di necessità. Tuttavia profondamente diverse sono le ragioni della liceità, che illuminano la essenza delle varie scriminanti e giustificano i differenti limiti cui sottostanno²⁹⁰. Il fondamento *logico-giuridico* è dato invece, dal "principio di non contraddizione", per cui uno stesso ordinamento non può, nella sua unitarietà, imporre o consentire e, ad uno stesso tempo, vietare il medesimo fatto senza rinnegare se stesso e la sua pratica possibilità di attuazione. Onde le norme scriminanti posso essere situate in qualsiasi ramo del diritto. Il fondamento *tecnico-domatico*²⁹¹, come lo definisce il Mantovani, consiste nell'assenza di tipicità del fatto scriminato²⁹². Le scriminanti, infatti costituiscono, sotto il profilo *formale- descrittivo*, elementi oggettivi negativi della fattispecie criminosa, che debbono cioè mancare perché esista il reato²⁹³. Sotto il profilo *sostanziale* le scriminanti escludono l'offesa,

²⁸⁹ Per il consenso dell'avente diritto, con la rinuncia del titolare alla conservazione del proprio bene, viene meno lo stesso interesse da tutelare, onde non sussiste qui conflitto di interessi. Tutte le altre scriminanti postulano, invece, un conflitto di interessi, il cui bilanciamento si risolve con la prevalenza dell'interesse, attuabile mediante l'adempimento del dovere o l'esercizio del diritto o ingiustamente aggredito nella legittima difesa o di valore superiore nello stato di necessità, o in base all'equivalenza degli interessi di pari valore in quest'ultima scriminante. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²⁹⁰ Secondo una decrescente intensità scriminante, nell'adempimento del dovere il fatto lesivo è imposto perché valutato necessario per l'interesse generale. Nell'esercizio del diritto è positivamente autorizzato perché utile. Nel consenso dell'avente diritto è permesso perché indifferente per l'ordinamento. Nella legittima difesa è invece, giuridicamente accettato come autotutela privata per l'impotenza dello Stato a prevenire o arrestare l'ingiusta aggressione. Nello stato di necessità è soltanto tollerato data la inevitabile soccombenza di almeno uno dei due beni e la obiettiva inesigibilità umana di un diverso comportamento. Tant'è che l'agente deve sottostare all'onere di corrispondere un equo indennizzo all'offeso secondo l'apprezzamento del giudice, ex art. 2045 c.c. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²⁹¹ L'assimilazione, ovvero la trasformazione della "g" nella "m", la quale ha assorbito la prima, è stata, presumo, una scelta della lingua italiana, per rendere il suono più dolce e la pronuncia più fluida, dato che la parola originaria, del greco antico da cui proviene, è "δογματικός", dunque vi è un suono gutturale ed uno nasale, liquido.

²⁹² F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²⁹³ Ad esempio, l'omicidio consiste nel cagionare la morte, ma in assenza degli estremi della legittima difesa, stato di necessità, uso legittimo di armi, adempimento del dovere. Esse sono infatti soggette ad una disciplina simmetrica a quella degli elementi positivi, i quali debbono esserci perché sussista il reato. Parimenti essenziale è, infatti, l'esistenza e degli elementi positivi e di quelli negativi, cioè l'inesistenza delle scriminanti, sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo: la loro mancanza oggettiva esclude la illiceità; la loro mancanza putativa esclude la colpevolezza, cioè il dolo, e, se scusabile, anche la colpa; la loro esistenza putativa è irrilevante. (artt. 49, comma 1 e 59, comma 1, artt. 47 comma 1 e 59 comma 3).

costituendo dei limiti alla tutela del bene: in presenza di queste manca l'offesa per la semplice ragione che il bene non è più tutelato dalla norma. Vi sarà un'offesa in senso naturalistico, come ad esempio la perdita della vita nell'uccisione per legittima difesa; ma non un'offesa in senso giuridico, perché appunto giustificata²⁹⁴.

2.2 Il procedimento analogico applicato alle scriminanti

Con l'espressione "analogia in *bonam partem*" si intende il procedimento di estensione analogica di norme di favore che, cioè producono effetti favorevoli per il reo quali l'esclusione della pena o l'attenuazione della risposta sanzionatoria per il reato commesso²⁹⁵. Tra le norme di favore rientrano a pieno titolo quelle che prevedono cause di giustificazione, che escludono l'antigiuridicità del reato, ovvero le norme che disciplinano cause di esclusione dell'imputabilità, della colpevolezza, o della punibilità in senso stretto; sono altresì norme di favore quelle che incidono sul *quantum* della pena, come le circostanze attenuanti, o che prevedono cause di estinzione del reato o della pena²⁹⁶. Tra gli istituti penali di favore più frequentemente oggetto di estensione analogica innanzitutto le già menzionate cause di giustificazione, che possono definirsi come circostanze in presenza delle quali l'ordinamento esclude il carattere illecito della condotta tenuta dal privato e rinuncia pertanto a qualsiasi forma di sanzione, penale, civile e amministrativa²⁹⁷. In più occasioni la giurisprudenza ha dovuto affrontare il problema dell'estensione analogica delle scriminanti, generali o speciali, a casi non espressamente disciplinati dalla legge penale e dell'ammissibilità di tale operazione.

Per la concezione tripartita le scriminanti escludono, invece, l'antigiuridicità oggettiva. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²⁹⁴ Sono quindi superate le vecchie dottrine per cui le scriminanti sarebbero fatti giuridici autonomi, con la funzione di impedire o estinguere la punibilità del fatto, che sarebbe pur sempre nato come penalmente illecito. Ambiguo e generico resta, perciò, il linguaggio del codice, che parla di "circostanze di esclusione della pena", ex art. 59. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²⁹⁵ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²⁹⁶ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

²⁹⁷ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss. T. Padovani, "Diritto penale", Milano, 2019, op. cit.; C. Roxin, "Antigiuridicità e cause di giustificazione", Napoli, 1996, op. cit.

Superato tuttavia l'ostacolo della concezione assoluta del divieto, con particolare riguardo alle cause di giustificazione, si è posto il problema della loro natura eccezionale: secondo un'impostazione ormai minoritaria, infatti, le cause di giustificazione presenterebbero carattere eccezionale, come tale ostativo alla loro estensione analogica, poiché costituirebbero eccezioni rispetto alle norme incriminatrici²⁹⁸; si è tuttavia osservato, da parte della dottrina maggioritaria, che, in realtà le cause di giustificazione sono espressive di principi generali dell'ordinamento, primo fra tutti di quello di non contraddizione, che impedisce all'ordinamento di sanzionare comportamenti che esso stesso autorizza o impone, e pertanto non assumono carattere eccezionale, ammettendo in astratto un'applicazione analogica delle scriminanti. Esclusa la natura eccezionale delle cause di giustificazione, si è posto tuttavia il problema legato alla loro struttura, che non sempre si presta ad una estensione analogica²⁹⁹. Si pensi al caso della scriminante del consenso dell'avente diritto o dell'esercizio di un diritto o di un dovere: la prima scriminante esclude la punibilità di chi leda o ponga in pericolo un diritto con il consenso di chi possa validamente disporne; in tal caso si è osservato che la fattispecie scriminante dettata dall'art. 50 c.p. non consente alcuna forma di analogia, dal momento che si presenta di per sé esaustiva e priva cioè di lacune³⁰⁰. L'interprete sarà dunque chiamato a verificare se il consenso sussiste ed è validamente espresso, senza imbattersi in alcuna lacuna normativa; invero parte della dottrina ha osservato che la scriminante in questione potrebbe trovare applicazione nei casi in cui il consenso non sia stato espresso ma il reo abbia presunto che il titolare del bene, ove richiesto, avrebbe acconsentito alla lesione o alla messa in pericolo del bene. Tale ipotesi è stata tuttavia esclusa, poiché la norma di cui all'art. 50 c.p. non può trovare applicazione in relazione ad un'ipotesi priva di affinità strutturali e funzionali³⁰¹: nel caso di specie, infatti, il consenso presunto non implica alcuna manifestazione di volontà da parte del titolare del bene tutelato dalla norma penale, e, nel contempo presuppone in capo al reo la consapevolezza che il consenso non è stato espresso, poiché solo presunto; mancherebbe pertanto il presupposto dell'*eadem ratio*,

²⁹⁸ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

²⁹⁹ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁰⁰ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁰¹ F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

necessario per procedere in via analogica³⁰². Un'ulteriore ipotesi di incompatibilità tra la struttura della scriminante e l'analogia è rappresentata dalle scriminanti dell'esercizio di un diritto e dell'adempimento di un dovere, entrambe disciplinate dall'art. 51 c.p., che esclude la punibilità di chi abbia commesso il fatto nell'esercizio di un diritto o nell'adempimento di un dovere giuridico. Anche in questo caso, infatti, la fattispecie astratta espressamente disciplinata presenta un ambito operativo talmente vasto da prevenire ogni forma di lacuna normativa: l'espressione diritto è infatti interpretata estensivamente come ogni posizione giuridico-soggettiva di vantaggio; del pari l'art. 51 c.p. prende espressamente in considerazione, quale fonte del dovere ogni norma giuridica o ordine legittimo dell'autorità, così esaurendo le fattispecie astrattamente riconducibili alla scriminante³⁰³. Diverso il caso in cui l'analogia non operi in riferimento alla norma penale che prevede le scriminanti, ma alla norma giuridica, extrapenale, che funge da base normativa del diritto o del dovere: in siffatte ipotesi, infatti, l'estensione analogica a monte della norma giuridica che riconosce un diritto può legittimamente far nascere una posizione giuridico-soggettiva di vantaggio rilevanti ai fini dell'art. 51 c.p., purché sussistano tutti i requisiti che consentono di estenderla analogicamente, tra cui il suo carattere non eccezionale³⁰⁴. Di estensione analogica in senso proprio di cause di esclusione dell'antigiuridicità può invece parlarsi con

³⁰² F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁰³ Anche in questo caso non sono mancate invero istanze di estensione della disciplina *ex art. 51 c.p.* a casi ritenuti analoghi a quelli disciplinati dalla norma, come nell'ipotesi del reato commesso nell'asserito esercizio di un interesse legittimo o dell'adempimento di un dovere morale. E' stato tuttavia osservato che, nel primo caso, la posizione giuridico-soggettiva dell'interesse legittimo non è assimilabile a quella del diritto soggettivo e, pertanto, non presenta il requisito dell'*eadem ratio*, in quanto si tratta di una posizione giuridico-soggettiva strettamente connessa all'esercizio del pubblico potere, che non consente al privato di agire in autonomia, disinteressandosi delle determinazioni della Pubblica Amministrazione. Basta pensare al privato che, ritenendo di essere titolare di un interesse legittimo a edificare, proceda ai lavori di costruzione senza permesso edilizio, opponendo la scriminante di cui all'art. 51 c.p. Del pari, nel caso di adempimento di un dovere morale, non sarà possibile estendere analogicamente la scriminante in questione poichè manca l'identità strutturale tra la fattispecie espressamente disciplinata, che richiede una base giuridica del dovere, e quella priva di disciplina, che si fonda invece sul dato mutabile e contingente della morale. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁰⁴ Si pensi al caso in cui il curatore dell'eredità, dopo la cessazione del suo ufficio ma prima di averne notizia, abbia alienato un bene dell'asse ereditario a un terzo che, a fronte della richiesta da parte degli eredi di riconsegnare il bene, abbia opposto il suo rifiuto e sia stato pertanto querelato per appropriazione indebita, sul presupposto che non esistono norme che prevedano la validità degli atti compiuti dal curatore a seguito della cessazione dell'ufficio; nel caso di specie la giurisprudenza civile estende analogicamente il disposto dell'art. 1729, che fa salvi gli atti posti in essere dal mandatario prima di aver avuto notizia della cessazione del mandato, con la conseguenza che l'atto dispositivo del curatore, anche dopo la cessazione dell'ufficio ma prima di averne avuto conoscenza, è efficace e fa nascere in capo al terzo, per analogia, un valido diritto che opera in funzione scriminante, ai sensi dell'art. 51 c.p. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

riferimento alle ipotesi di legittima difesa anticipata: parte della dottrina ha infatti sostenuto che la scriminante dell'art. 52 c.p., che consente la legittima difesa, in caso di pericolo attuale di un'offesa ingiusta, possa essere ravvisata anche quando il pericolo è solo futuro ma inevitabile per il soggetto agente, che è pertanto costretto ad agire in propria difesa prima che esso si manifesti; la medesima soluzione estensiva, in via analogica, è stata prospettata per lo stato di necessità, che esclude la punibilità di chi abbia agito per salvare sé o altri da un pericolo attuale di un grave danno alla persona, quando il pericolo non sia attuale ma il comportamento necessitato non possa essere ritardato, in vista di un pericolo certo sebbene futuro³⁰⁵.

2.3 Gli effetti delle cause di giustificazione

In seguito all'illustrazione dell'operatività dell'analogia avente ad oggetto le cause di giustificazione, è necessario procedere ad esaminare gli effetti sulla posizione giuridica del soggetto agente³⁰⁶. Il principale effetto delle cause di giustificazione è il venir meno dell'antigiuridicità della condotta, ossia del suo carattere illecito; come si è avuto modo di osservare, il medesimo fatto può tuttavia rilevare non solo ai fini della responsabilità penale ma anche e preliminarmente sul piano della responsabilità civile del soggetto agente per i danni cagionati alla persona offesa³⁰⁷. Nel nostro ordinamento manca tuttavia una norma di raccordo tra la disciplina penale delle scriminanti e la disciplina della responsabilità civile, limitandosi il legislatore a regolare gli effetti del giudicato di assoluzione, all'art. 652 c.p.p., nei processi civile, disciplinare e amministrativo³⁰⁸; Emerge dalla disciplina processual-penalistica che solo in ipotesi di esercizio del diritto

³⁰⁵ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁰⁶ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁰⁷ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁰⁸ Per quanto rileva in questa sede, la disposizione citata prevede che: *“La sentenza penale irrevocabile di assoluzione pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato, quanto all'accertamento che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno”*. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

o adempimento di un dovere, di cui all'art. 51 c.p., l'accertamento in sede penale, a determinate condizioni, produrrà effetti vincolanti nel giudizio civile volto ad accertare la responsabilità dell'imputato in veste di danneggiante per i medesimi fatti³⁰⁹. Manca invece alcun riferimento alle restanti cause di giustificazione di cui agli artt. 50, 52 e 54 c.p., mentre l'uso legittimo delle armi può essere ricondotto alla nozione di adempimento di un dovere, adoperata dal legislatore nell'art. 652. c.p.p.; del pari, occorre evidenziare che la norma del Codice di procedura penale si limita a disciplinare gli effetti del giudicato penale di assoluzione nel giudizio civile, ma nulla prescrive in merito all'efficacia delle scriminanti di cui agli artt. 51 e 53 c.p. sulla responsabilità civile per i medesimi fatti, quando manchi una sentenza penale definitiva³¹⁰. In tal senso rilevano le disposizioni di cui agli artt. 2044 e 2045 c.c., rubricate, rispettivamente, *“legittima difesa”* e *“stato di necessità”*. Il primo prevede espressamente, al primo comma³¹¹, che *“Non è responsabile chi cagiona il danno per legittima difesa di sé o altri”*, estendendo dunque l'effetto scriminante della causa di giustificazione disciplinata dall'art. 52 c.p. alla responsabilità civile per fatto illecito³¹². Nel contempo, l'art. 2045 c.c. dispone che: *“Quando chi ha compiuto il fatto dannoso vi è stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di danno grave alla persona e il pericolo non è stato da lui volontariamente causato né era altrimenti evitabile, al danneggiato è dovuta un'indennità, la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice”*. La disposizione civilistica riproduce pedissequamente nella sostanza i presupposti dello stato di necessità disciplinato dall'art. 54 c.p., ad eccezione del requisito della necessaria proporzione tra il fatto ed il pericolo³¹³. In caso di stato di necessità tuttavia, il legislatore non si limita ad escludere la responsabilità dell'autore del fatto, prevedendo altresì il riconoscimento, a favore del danneggiato, di

³⁰⁹ Il primo comma dell'art. 652 c.p.p. prosegue infatti precisando che l'effetto di giudicato opera nel giudizio *“promosso dal danneggiato nell'interesse dello stesso, sempre che il danneggiato si sia costituito o sia stato posto in condizione di costituirsi parte civile, salvo che il danneggiato dal reato abbia esercitato azione in sede civile a norma dell'art. 75 comma 2”*, così garantendo il rispetto del principio del contraddittorio, di cui all'art. 111 Cost. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³¹⁰ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

³¹¹ La legge 26 aprile 2019, n. 36, ha aggiunto due nuovi commi ai suddetti articoli. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³¹² F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

³¹³ Rientrano pertanto nell'ambito di applicazione dell'art. 2045 c.c. tutte le ipotesi di stato di necessità rilevanti in sede penale, stante la maggior ampiezza della fattispecie civile, la quale non richiede il requisito della proporzione. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss. A. Torrente- P. Schlesinger, *“Manuale di diritto privato”*, Milano, 2015, 905 ss.

un'indennità nella misura ritenuta equa dal giudice civile³¹⁴. Sia la legittima difesa che lo stato di necessità trovano dunque espressa disciplina in materia civile, a differenza delle scriminanti del consenso e dell'adempimento di un dovere, ivi compreso il legittimo uso delle armi, o dell'esercizio di un diritto; tanto non consente tuttavia di ritenere che dette cause di giustificazione siano prive di effetti sulla responsabilità civile³¹⁵. Deve infatti considerarsi che, in materia civile, la responsabilità ed il conseguente obbligo di risarcire il pregiudizio cagionato, sussiste solo quando il danno risulti "ingiusto", secondo la formulazione dell'art. 2043 c.c. L'ingiustizia del pregiudizio cagionato presuppone che risulti leso un bene giuridico meritevole di tutela; va precisato che il requisito di meritevolezza presuppone che l'interesse leso si collochi in una posizione gerarchicamente superiore rispetto all'interesse di cui sia portatore il danneggiante: qualora, pertanto, il danno sia stato cagionato nell'esercizio di un diritto che prevale o quantomeno equivale per valore giuridico all'interesse leso, non potrebbe ravvisarsi il requisito di ingiustizia del danno e verrebbe di conseguenza meno il carattere illecito della condotta del danneggiante³¹⁶. Non resta che valutare gli effetti, in materia civile, del consenso dell'avente diritto sulla responsabilità civile del danneggiante. Ad una prima soluzione, di carattere aprioristico, che esclude l'ingiustizia del danno in presenza del consenso del danneggiato, si contrappone una tesi dottrinale che evidenzia la incompatibilità tra la struttura dell'illecito civile e l'espressione del consenso in merito alla causazione del danno da parte del danneggiato. La responsabilità extracontrattuale, infatti, si caratterizza per l'estraneità tra il danneggiante e danneggiato, contrapposta alla relazione tra le parti, su cui si fonda la responsabilità contrattuale³¹⁷. L'espressione del consenso da parte dell'avente diritto, al contrario,

³¹⁴ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

³¹⁵ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³¹⁶ Alle medesime conclusioni deve pervenirsi con riferimento all'adempimento di un dovere giuridico, quando l'interesse sotteso alle norme o all'ordine dell'Autorità che lo impongono sia di rango pari o superiore rispetto all'interesse leso. Anche le scriminanti dell'esercizio di un diritto e dell'adempimento di un dovere assumono pertanto rilevanza in materia civile, escludendo l'illiceità della condotta, come è possibile confermare alla luce dell'art. 652 c.p.p., che prende in considerazione espressamente entrambe le cause di giustificazione. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³¹⁷ La prima infatti non consente di individuare il soggetto responsabile prima del verificarsi del danno; nella seconda, invece, stante l'esistenza di un precedente rapporto tra responsabile e danneggiato, è possibile individuare *ex ante* il soggetto su cui ricade l'obbligo di risarcimento del danno. Ciò è confermato dalla giurisprudenza di legittimità, che ha in più occasioni affermato che "*la responsabilità extracontrattuale ricorre solo quando la pretesa risarcitoria venga formulata nei confronti di un soggetto autore di un danno ingiusto non legato all'attore da alcun rapporto giuridico precedente*". In tal senso la sentenza delle Sezioni Unite n. 589 del 1999, in materia di contatto sociale qualificato. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

presuppone che tra danneggiante e danneggiato sussista un rapporto giuridico, nell'ambito del quale il consenso viene espresso, che esclude pertanto la possibilità di ravvisare in capo al primo alcuna forma di responsabilità da fatto illecito³¹⁸. Emerge, dunque, che la sussistenza di una causa di giustificazione, oltre ad elidere l'antigiuridicità del fatto tipico, esclude il carattere illecito della condotta anche ai fini della responsabilità civile, sulla scorta delle suesposte considerazioni, che si prestano ad operare altresì in materia amministrativa o disciplinare³¹⁹. L'effetto scriminante delle cause di giustificazione è pertanto da ritenersi generale e tale conclusione non può essere revocata in dubbio ma risulta, al contrario, confermata dal disposto dell'art. 2045 c.c. che, pur prevedendo una conseguenza giuridica per il fatto commesso in stato di necessità, qualifica l'obbligo di pagamento di una somma equa al danneggiato come "indennità", che presuppone proprio il carattere lecito della condotta, differenziandosi dal "risarcimento del danno", che consegue invece all'illecito³²⁰.

2.4 Categorie analoghe

L'esame della collocazione nella struttura del reato del fondamento e degli effetti della cause di giustificazione consente di definirle come "circostanze" in presenza delle quali una condotta, pur integrando gli estremi di un reato, non presenta per l'ordinamento carattere illecito e non può quindi essere sanzionata. Si tratta dunque di circostanze di carattere oggettivo³²¹, poiché attengono alla qualificazione del fatto tipico; non possono tuttavia essere definite come elementi costitutivi del reato, dal momento che il

³¹⁸ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³¹⁹ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

³²⁰ Più problematica è invece la neo-introdotta indennità nelle ipotesi di eccesso colposo verificatosi in una situazione di legittima difesa c.d. domiciliare, che consegue ad una condotta illecita, in quanto colposa e non scriminata, e tuttavia presenta natura indennitaria e non di risarcimento del danno. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³²¹ Il carattere oggettivo delle cause di giustificazione incide sulla possibilità di estenderle ai concorrenti nel medesimo reato, ai sensi dell'art. 119 c.p., il quale al secondo comma prevede che "*Le circostanze oggettive che escludono la pena hanno effetto per tutti coloro che sono concorsi nel reato*". Pertanto, se il fatto commesso da più persone in concorso tra loro è realizzato in presenza di una scriminante, ne beneficerà ciascun concorrente. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

perfezionamento della fattispecie criminosa, intesa come fatto tipico, antigiuridico e colpevole, secondo l'impostazione tripartita, postula proprio la loro assenza³²². Allorché invece si rilevi la sussistenza di una causa di giustificazione, viene meno l'antigiuridicità della condotta ed il giudice dovrà pronunciare sentenza di assoluzione "*perché il fatto non costituisce reato*"; inoltre la condotta non potrà assumere rilevanza neanche ai fini della responsabilità civile, disciplinare o amministrativa, come già è stato affermato³²³. Le suesposte caratteristiche delle cause di giustificazione consentono di distinguerle da istituti ad esse affini, poiché idonei ad escludere la punibilità del reo, ma differenti sotto il profilo strutturale e funzionale; ci si riferisce da un lato alle cc.dd. *scusanti o cause di esclusione della colpevolezza e, dall'altro, alle esimenti o cause di non punibilità o di esclusione della punibilità in senso stretto*³²⁴. Le prime incidono sulla colpevolezza, escludendo che possa rimproverarsi il reo per il fatto commesso; le seconde, invece, operano a fronte di un reato perfetto, in quanto tipico, antigiuridico e colpevole, e ne escludono tuttavia la punizione³²⁵. Sul piano funzionale, dunque, le scusanti consentono al giudice di assegnare rilevanza a circostanze concrete che incidono sull'elemento soggettivo del reato, facendo venir meno la coscienza e volontà della condotta³²⁶ ovvero l'elemento soggettivo del reato, come il dolo, in presenza dell'errore. L'istituto delle scusanti opera pertanto a garanzia del rispetto del principio di colpevolezza e impediscono il perfezionamento del reato in quanto fatto tipico, antigiuridico ma non colpevole. Diversa è la *ratio* delle cause di esclusione della punibilità in senso stretto, le quali rispondono invece ad una valutazione di opportunità da parte del legislatore - a fronte di una condotta che integri gli estremi di un reato, perfezionandolo sul triplice piano della tipicità, antigiuridicità e colpevolezza, in questo caso - di irrogare la sanzione penale nei confronti del reo: si tratta infatti di situazioni peculiari in cui sull'istanza di punizione dello Stato prevalgono valori altrettanto rilevanti nell'ordinamento, come ad esempio il sentimento familiare o la tutela degli interessi costituzionalmente rilevanti, che permettono di rinunciare all'irrogazione della

³²² F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; T. Padovani, "*Diritto penale*", Milano, 2019, op. cit., 100 ss.

³²³ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³²⁴ In senso lato assorbe tutti gli altri istituti. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³²⁵ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

³²⁶ La c.d. *suitas*, cioè l'appartenenza soggettiva della condotta al soggetto, che deve averla posta in essere quando è padrone di sé stesso e delle proprie azioni. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss. T. Padovani, "*Diritto penale*", Milano, 2019, op. cit., 100 ss.

pena³²⁷. Emerge, dunque, che pur conducendo al medesimo effetto pratico, ovvero l'esclusione della punibilità, le scusanti operano su un piano diverso nella struttura del reato, attinente alla colpevolezza e non all'antigiuridicità; nel contempo, si è avuto modo di evidenziare che le cause di non punibilità presuppongono il perfezionamento di un reato e dunque non possono sovrapporsi alle cause di giustificazione, dal momento che operano in relazione ad un reato perfetto, ed in quanto tale antigiuridico³²⁸. In entrambi i casi la presenza di una scusante o di una esimente non incide sul carattere illecito della condotta, facendo venir meno esclusivamente la punibilità del reo; ne consegue che, a differenza delle cause di giustificazione, che elidono *in toto* l'antigiuridicità, queste ultime lasciano intatto il carattere illecito della condotta e consentono, pertanto, di agire in sede civile nei confronti del soggetto attivo per i medesimi fatti³²⁹. A questa prima differenza tra scriminanti e altre cause di non punibilità si affianca il carattere eccezionale che presentano le esimenti; mentre infatti le cause di giustificazione sono disciplinate da norme espressive di principi generali dell'ordinamento, altrettanto non può dirsi delle cause di esclusione della punibilità in senso stretto, che invece derogano alle norme incriminatrici escludendo, eccezionalmente, la pena per specifiche e tassative ragioni di opportunità³³⁰. Le cause di esclusione della colpevolezza condividono invece il carattere generale delle scriminanti, poiché, come già è stato detto, costituiscono applicazione del principio costituzionale di personalità della responsabilità penale³³¹. Il carattere generale delle norme che regolano cause di giustificazione e cause di esclusione della colpevolezza, a fronte dell'eccezionalità delle cause di non punibilità, incide sull'ammissibilità di una eventuale estensione in via analogica, preclusa per le cause di esclusione della punibilità in senso stretto ai sensi dell'art. 14 Preleggi³³². Oltre alla funzione e alla natura generale o eccezionale delle norme che le disciplinano, le circostanze che escludono la punibilità, cioè le cause di esclusione della punibilità in senso lato, si differenziano per il proprio carattere oggettivo o soggettivo, a seconda che attengano o meno ad una qualità o

³²⁷ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³²⁸ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³²⁹ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

³³⁰ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³³¹ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; T. Padovani, "Diritto penale", Milano, 2019, op. cit., 100 ss.

³³² F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

situazione personale del reo³³³. A fronte, infatti, della natura oggettiva delle cause di giustificazione, le scusanti e le cause di esclusione della punibilità in senso stretto attengono al soggetto attivo del reato, poiché afferiscono, le prime, alla sua colpevolezza e, le seconde, ad una particolare condizione in cui il soggetto venga a trovarsi³³⁴. Tale distinzione non opera esclusivamente sul piano teorico e descrittivo, comportando importanti conseguenze pratiche in relazione all'estensibilità delle singole esimenti e delle scusanti agli eventuali concorrenti nella commissione del reato³³⁵. A fronte, infatti, del disposto del comma secondo dell'art. 119 c.p., "oggettive" che consente l'estensione delle "circostanze che escludono la pena" a tutti i concorrenti, il primo comma della medesima disposizione sancisce che "Le circostanze soggettive le quali escludono la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato hanno effetto soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono"³³⁶. Ne consegue che tanto le scusanti, quanto le cause di esclusione della punibilità in senso stretto, non potranno operare a favore dei concorrenti diversi da quello cui si riferiscono. Occorre precisare che, secondo una parte minoritaria della dottrina, l'estensione delle cause di esclusione della punibilità in senso stretto a tutti i concorrenti nel reato è ammissibile quanto queste presentino carattere oggettivo e non siano cioè fondate su condizioni personali del reo³³⁷. Riepilogando le principali differenze tra le singole cause di esclusione della punibilità in senso lato, si può affermare che gli istituti rispondono a finalità differenti e si collocano diversamente nella struttura del reato, riferimento all'antigiuridicità ed alla colpevolezza, ovvero al di fuori di essa, come nel caso della cause di non punibilità³³⁸; inoltre, le disposizioni che ne dettano la disciplina hanno carattere generale, il quale

³³³ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³³⁴ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

³³⁵ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³³⁶ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³³⁷ Si è quindi sostenuto che la causa di non punibilità *ex art. 131 bis*, come qualificata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella sentenza n. 15449 del 2015, ove riconosciuta per uno dei correi, debba operare a favore di ciascun concorrente nel reato; a tale soluzione si è obiettato che il medesimo articolo prevede, tra i requisiti di applicazione della causa di non punibilità, anche elementi di carattere soggettivo, con conseguente natura quantomeno ibrida di causa di esclusione della punibilità, che impedisce di estenderla *de plano* a ciascun concorrente: occorrerà dunque verificare, per ciascun soggetto, se risultano soddisfatte anche le condizioni di carattere soggettivo. Tuttavia, riconosciuta la peculiarità della disciplina dell'art. 131 *bis* c.p., non pare potersi negare che, in astratto, il carattere oggettivo di una causa di esclusione della punibilità in senso stretto possa consentirne l'estensione a tutti i concorrenti nel reato. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³³⁸ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

ammette in astratto l'analogia, nel caso delle scriminanti e scusanti, a fronte del carattere eccezionale delle cause di non punibilità; solo le cause di giustificazione fanno venir meno il carattere illecito o antigiusuridico della condotta, che invece permane, insieme alle conseguenze sul piano civilistico, in presenza di scusanti e cause di non punibilità; infine, le cause di giustificazione, al pari tuttavia di alcune ipotesi di cause di non punibilità, presentano carattere oggettivo e sono perciò estensibili ai concorrenti nel medesimo reato, a differenza delle scusanti e delle cause di non punibilità di natura soggettiva³³⁹. Nonostante le plurime differenze tra le cause di esclusione della punibilità in senso lato, non è sempre agevole procedere alla relativa qualificazione, che assume notevole rilevanza sul piano pratico. Il problema si è posto nella giurisprudenza con riferimento alla qualificazione di alcune fattispecie disciplinate nella parte speciale del Codice penale, sulla cui natura di scriminanti, scusanti o cause di esclusione della punibilità in senso stretto si è dibattuto a lungo³⁴⁰. Parte della dottrina ha infatti sostenuto che il legislatore abbia previsto ipotesi di scriminanti speciali, contrapposte alle scriminanti comuni di cui agli artt. 50 ss. c.p.; l'opposto orientamento ha invece escluso l'ammissibilità della categoria delle scriminanti speciali, stante il carattere generale proprio delle cause di giustificazione, che mal si concilierebbe con la previsione di "scriminanti di settore"³⁴¹. Il problema si è posto con particolare riferimento alle disposizioni di cui agli artt. 384 e 598 c.p., dettate in materia di reati contro l'Amministrazione della Giustizia, la prima, e diffamazione, la seconda. L'art. 384 c.p. esclude al primo comma la punibilità di *"chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave ed inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore"*, in relazione ad alcuni delitti contro l'Amministrazione della Giustizia. Secondo un primo orientamento, condiviso dalla giurisprudenza di legittimità, con la sentenza n. 38952 del 2006, la disposizione in commento introdurrebbe una causa di esclusione dell'antigiuridicità, quale applicazione speciale dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p., in forza dell'assimilazione tra il *"nocumento nella libertà o nell'onore"* e il grave danno alla persona che caratterizza

³³⁹ Va inoltre evidenziato che la formula con cui il giudice penale assolve l'imputato coincide solo in presenza di scriminanti e scusanti, per cui opera la formula *"perché il fatto non costituisce reato"*, laddove, in presenza di una causa di non punibilità, il giudice rinuncia sentenza di assoluzione *"perché il reato è stato commesso da persona non imputabile"*, come previsto dall'art. 530 c.p.p. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.; T. Padovani, *"Diritto penale"*, Milano, 2019, op.cit., 100 ss.

³⁴⁰ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

³⁴¹ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

invece la scriminante comune³⁴². Ma così interpretata la norma finirebbe per non trovare applicazione poiché la qualificazione in termini di scriminante, quale *species* dello stato di necessità, implicherebbe l'estensione del requisito di non volontaria causazione del pericolo, che manca nel caso di specie³⁴³; Si è quindi sostenuto che l'art. 384 c.p. integri una causa di esclusione della colpevolezza, facendo leva sul conflitto morale che si manifesta in capo al reo allorché la commissione del reato contro l'Amministrazione della Giustizia sia motivata dalla necessità di salvare sé stesso o un prossimo congiunto dalle conseguenze pregiudizievoli della verità sull'onore o sulla libertà, propri o di un proprio caro³⁴⁴. È tuttavia prevalsa la terza tesi, che inquadra l'istituto come causa di non punibilità, incentrata sulla valutazione di opportunità da parte del legislatore in merito alla punibilità di chi abbia commesso il reato al fine di tutelare il proprio onore o la propria libertà personale³⁴⁵ ovvero quelle di un prossimo congiunto, con conseguente rilevanza del sentimento familiare, che prevale in tali ipotesi sull'istanza punitiva dello Stato³⁴⁶. Sulla scorta di tale qualificazione la Corte Costituzionale, con sentenza n. 140 del 2009, ha quindi affermato la natura eccezionale della norma e ha escluso la possibilità di integrarne il precetto, estendendo la causa di non punibilità quando il fatto sia stato commesso per salvare la libertà o l'onore del convivente *more uxorio*, estraneo alla nozione di prossimo congiunto³⁴⁷. Una seconda questione qualificativa si è posta in relazione al summenzionato art. 598 c.p., che disciplina le “*Offese in scritti e discorsi pronunciati dinanzi alle Autorità giudiziarie o amministrative*”³⁴⁸. Ai sensi del primo comma della disposizione citata non sono punibili le offese contenute negli scritti

³⁴² F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

³⁴³ La disciplina dettata dagli artt. 198 e 199 c.p.p., nel disciplinare la prova della testimonianza, che trova applicazione anche in relazione alla deposizione del perito, esclude che il testimone possa essere obbligato a deporre “*su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale*”; nel contempo, il citato art. 199 c.p.p. esclude tale obbligo anche per i prossimi congiunti dell'imputato. Ne consegue che il soggetto che si renda responsabile di alcuno dei reati in relazione ai quali opera l'art. 384 c.p., non potendo essere obbligato a deporre, qualora decida di rendere dichiarazioni determina volontariamente il pericolo di “*nocumento nella libertà o nell'onore*” per sé o per un prossimo congiunto, con conseguente inoperatività della norma. Uno spazio residuo di applicazione dell'art. 384 c.p. resterebbe in relazione alle deposizioni rese da un prossimo congiunto in procedimenti diversi da quelli in cui sussista la facoltà di astensione ex art. 199 c.p.p. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; G. Conso- V. Grevi-M. Bargis, “*Compendio di procedura penale*”, Padova, 2018, op. cit.

³⁴⁴ Anche in questo caso, tuttavia, si è fatto leva sulle norme che prevedono espressamente la facoltà di astenersi dalla deposizione nella veste di testimone, applicabili anche in riferimento alle altre ipotesi criminose per cui opera l'art. 384 c.p., che consentono di scongiurare a monte il descritto conflitto morale, lasciando pertanto intatta la colpevolezza del reo, ove non intenda avvalersene. In tal senso le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella sentenza n. 7208 del 2008. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

³⁴⁵ In linea con il brocardo, “*nemo tenetur se detegere*”, ovvero “nessuno è tenuto a voltare le spalle a se stesso”. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

³⁴⁶ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

³⁴⁷ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

³⁴⁸ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

presentati o nei discorsi pronunciati dalle parti o dai loro difensori nell'ambito di un procedimento pendente davanti all'Autorità giudiziaria o amministrativa, purché le stesse attengono all'oggetto della causa o del ricorso amministrativo³⁴⁹. Siffatta causa di non punibilità è stata qualificata da parte della dottrina come causa di giustificazione, ritenendo che l'art. 598 c.p. si ponga in rapporto di specialità rispetto all'art. 51 c.p., prevedendo una forma di esercizio di un diritto e, nella specie, del diritto di difesa della parte in giudizio ovvero del diritto di partecipazione del privato nel procedimento amministrativo³⁵⁰. A tale impostazione è stato tuttavia opposto che il secondo comma dell'art. 598 c.p. prevede che il giudice possa disporre, oltre alla cancellazione delle offese dagli atti e l'irrogazione di un provvedimento disciplinare, attraverso la trasmissione degli atti al competente Consiglio dell'ordine degli Avvocati e al competente Consiglio distrettuale di disciplina, anche l'assegnazione alla persona offesa di una somma "*a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale*"³⁵¹. Tanto la possibilità di incorrere in responsabilità disciplinare quanto il riferimento al "*risarcimento del danno*", depongono nel senso del carattere illecito della condotta offensiva del difensore e della parte, che mal si concilia con l'effetto scriminante proprio delle cause di giustificazione³⁵². La giurisprudenza di legittimità ha pertanto sostenuto che l'art. 598 c.p. disciplini una causa di non punibilità in senso stretto, che si fonda sull'esigenza di non inibire l'esercizio dell'attività difensiva, specie in considerazione del labile confine che spesso caratterizza veemenza difensiva e offese penalmente rilevanti. In quest'ottica, dunque, la disposizione trova applicazione, al contrario di quanto sostenuto dalla prima tesi, proprio quando il comportamento del difensore esorbita i limiti dell'esercizio del diritto di difesa ed in ragione della delicatezza e del valore che caratterizza la funzione svolta dagli avvocati, il legislatore ritiene non opportuno che questi siano esposti al rischio di una sanzione penale, ferma la responsabilità disciplinare³⁵³. Dalla qualificazione dell'istituto come causa di non punibilità deriva dunque l'impossibilità di estensione in via analogica, stante il carattere eccezionale della disposizione, con conseguente esclusione dall'area di operatività dell'art. 598 c.p. degli scritti difensivi che non siano "*presentati*" davanti all'autorità

³⁴⁹ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

³⁵⁰ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

³⁵¹ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

³⁵² F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

³⁵³ In tal senso la sentenza della Corte di Cassazione n. 39934 del 2005. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

giudiziaria, come nel caso dell'atto di citazione³⁵⁴. Si segnala, tuttavia, che la Corte di Cassazione, con sentenza n. 15525 del 2009, ha invece sostenuto la possibilità di escludere la punibilità delle offese contenute in un atto di citazione sul presupposto che l'art. 598 c.p. disciplini invece una causa di giustificazione, secondo l'indirizzo dottrinale minoritario suesposto³⁵⁵.

2.5 Disciplina generale

Terminata la ricostruzione dell'antigiuridicità e delle cause di giustificazione, anche attraverso alla determinazione dei confini dell'istituto rispetto alle limitrofe cause di esclusione della punibilità in senso lato, può procedersi in questa sede all'esame delle norme del Codice penale che ne dettano la disciplina generale³⁵⁶. Si tratta delle disposizioni di cui agli artt. 55 e 59 c.p., cui si aggiungono le disposizioni di diritto processuale penale che prendono espressamente in considerazione gli effetti della sussistenza di una causa di giustificazione³⁵⁷. Sono molteplici le disposizioni attraverso le quali il legislatore ha assegnato rilevanza alla sussistenza di cause di giustificazione in relazione alle fasi fondamentali in cui si sviluppa il procedimento penale, dalle indagini preliminari alla fase della decisione. Assume rilevanza, tra quest'ultime, il disposto dell'art. 385 c.p.p., ai sensi del quale *“L'arresto o il fermo non è consentito quando, tenuto conto delle circostanze del fatto, appare che questo è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in presenza di una causa di non punibilità”*³⁵⁸. Nonostante il riferimento specifico alle scriminanti di cui all'art. 51 c.p., infatti, per *“ciascuna causa di non punibilità”* deve intendersi ogni altra causa di giustificazione disciplinata dal Codice penale; attraverso la citata disposizione, dunque, si impedisce alla polizia giudiziaria di comprimere, anche solo temporaneamente, la libertà personale dei cittadini, quando emerga che il fatto commesso, pur integrando gli estremi di un fatto tipico di reato, non presenti carattere di

³⁵⁴ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

³⁵⁵ Si tratta di un orientamento che non ha avuto seguito nella successiva giurisprudenza di legittimità. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

³⁵⁶ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

³⁵⁷ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. G. Conso-V. Grevi-M. Bargis, *“Compendio di procedura penale”*, Padova, 2018, op.cit.

³⁵⁸ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

antigiuridicità, perché scriminato. Allo stesso modo, l'art. 273 c.p.p. sancisce che *“Nessuna misura cautelare può essere applicata se risulta che il fatto è stato compiuto in presenza di una causa di giustificazione”*, tutelando l'indagato nel corso del procedimento penale³⁵⁹. Inoltre, l'art. 129 c.p.p., pur non facendo espresso riferimento alle scriminanti, obbliga il giudice penale, *“In ogni stato e grado del processo”* a dichiarare con sentenza che *“il fatto non costituisce reato”*, quando riconosca la sussistenza di una causa di giustificazione³⁶⁰. Il Codice di procedura penale fa invece espresso riferimento alle cause di giustificazione nel già menzionato art. 530 c.p.p., che disciplina la sentenza di assoluzione e prevede, al comma terzo, che *“Se vi è la prova che il fatto è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione o di una causa personale di non punibilità ovvero vi è dubbio sull'esistenza delle stesse, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione a norma del primo comma”*. Infine l'accertamento delle cause di giustificazione, in specie dell'adempimento di un dovere e dell'esercizio di un diritto, nella sentenza di assoluzione che abbia acquisito valore di giudicato, produrrà effetti vincolanti *“nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni ed il risarcimento del danno”*, ai sensi dell'art. 652 c.p.p. Procedendo all'esame delle norme del Codice penale che disciplinano la loro applicazione³⁶¹, si ricorda nuovamente che le cause di giustificazione hanno natura oggettiva, differenziandosi dalle cause di esclusione della colpevolezza e dalle cause soggettive di non punibilità. Tale carattere oggettivo incide sul regime di imputazione, inoltre, delle scriminanti che, ai sensi del primo comma dell'art. 59 c.p. *“sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti”*. Non occorre pertanto che il soggetto attivo, al momento del compimento del fatto tipico, fosse consapevole della sussistenza di una causa di giustificazione che, ciò nonostante, eliderà l'antigiuridicità della condotta³⁶². La disposizione del primo comma è dunque espressiva del medesimo

³⁵⁹ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; G. Conso-V. Grevi-M. Bargis, *“Compendio di procedura penale”*, Padova, 2018, op.cit.

³⁶⁰ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; G. Conso-V. Grevi-M. Bargis, *“Compendio di procedura penale”*, Padova, 2018, op.cit.

³⁶¹ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; T. Padovani, *“Diritto penale”*, Milano, 2018, op. cit.; C. Roxin, *“Antigiuridicità e cause di giustificazione”*, Napoli, 1996, op. cit.; G. Conso-V. Grevi-M. Bargis, *“Compendio di procedura penale”*, Padova, 2018, op.cit.

³⁶² Si pensi al caso in cui il soggetto agente abbia intenzionalmente ucciso una persona, senza tuttavia sapere che quest'ultima stava per esplodere un colpo di pistola contro di lui: ove il soggetto attivo avesse percepito le intenzioni delittuose della propria vittima sarebbe stato consapevole di poter agire per legittima difesa; nonostante tuttavia non si sia accorto di essere bersaglio della propria vittima, e abbia commesso il fatto con l'intenzione di ucciderla per motivi diverse, potrebbe ciò nonostante usufruire della causa di giustificazione della legittima difesa ai sensi del primo comma dell'art 59 c.p.; tanto in ragione del regime obiettivo di operatività della scriminante, che prescinde dalla consapevolezza del soggetto

principio di prevalenza del dato obiettivo e dell'insufficienza ai fini della responsabilità penale delle intenzioni delittuose del reo, che trova espressione al primo comma dell'art. 49 c.p., in forza del quale *“Non è punibile chi commette un fatto non costituente reato, nella supposizione erronea che esso costituisca reato”*. Il comma quarto³⁶³ dell'art. 59 c.p. disciplina invece l'ipotesi speculare in cui non sussiste una causa di giustificazione, ma l'agente ritiene che esista per errore; se nel caso disciplinato dal primo comma, dunque, sussiste il dato obiettivo, ma manca la percezione soggettiva della scriminante, nell'ipotesi di cui al quarto comma la situazione è inversa, essendo solo rappresentata, per errore, da parte del soggetto attivo, la sussistenza di una causa di giustificazione, che in realtà esiste solo nella sua mente. Dottrina e giurisprudenza definiscono tale ipotesi come *“scriminante putativa”*³⁶⁴ poiché la scriminante è solo ritenuta esistente dal soggetto attivo ma non sussiste nella realtà. Ciò nonostante, la norma in esame prevede che *“Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui”*, consentendo così la produzione dell'effetto scriminante anche in assenza di un'effettiva causa di giustificazione³⁶⁵. Ciò che rileva ai fini dell'accertamento dell'antigiuridicità della condotta non è, in questo caso, il dato obiettivo, bensì la percezione che il soggetto abbia avuto delle circostanze in cui è avvenuta la condotta³⁶⁶. La norma prevede tuttavia che *“se si tratta di errore*

attivo. G. Fiandaca-E. Musco, *“Diritto penale. Parte generale”*, Bologna, 2018, pag. 276 ss. Inoltre F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

³⁶³ Si veda: C. F. Grosso, *“L'errore sulle scriminanti”*, Milano, 1961; P. Nuvolone, *“Le due forme dell'eccesso colposo”*, in *Giust. pen.*, 1949; M. Gallo, *“Eccesso colposo e previsione dell'evento”*, in *Giur. it.*, 1950; C. F. Grosso, *“Eccesso colposo”*, in *Enc. giur.*, XII, 1989; F. Mantovani, *“Diritto penale”*, Milano, 2019, op. cit. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁶⁴ Dal latino *“putare”* che significa *“credere, ritenere”*. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁶⁵ Si ponga il caso di Tizio, passeggiando di notte e sotto una pioggia assordante, per un vicolo buio, si imbatta in un uomo, mentre si dirige nella sua direzione brandendo un oggetto che appare essere un bastone; Tizio, convintosi che l'uomo intenda rapinarlo, estrae un'arma di cui è in possesso ed esplose una serie di colpi, ferendolo gravemente, per scoprire immediatamente dopo che si tratta di Caio, il suo vicino di casa, che gli si era avvicinato per offrirgli riparo con l'ombrello. In un'ipotesi simile manca, sul piano oggettivo, una causa di giustificazione, nella specie riconducibile alla legittima difesa, poiché l'ipotizzato aggressore era animato da tutt'altre intenzioni e non brandiva un'arma. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁶⁶ Ne consegue che Tizio non potrà essere ritenuto responsabile per aver volontariamente cagionato lesioni a Caio, scambiandolo per un malintenzionato e quindi ritenendo di agire in presenza della scriminante della legittima difesa. Si veda: G. Marinucci, *“Fatto e scriminanti”*, *Note dottrinarie e politico-criminali*, 1983; A. Cavaliere, *“L'errore sulle scriminanti”*, Napoli, 2000, il quale risente dell'impostazione di Roxin, secondo il quale nel caso di errore sulle scriminanti viene meno il *“dolo d'illecito”*. Una parte minoritaria della dottrina, influenzata dall'orientamento diffuso nell'ambito della dottrina tedesca, sostiene che l'errore sulle scriminanti non incida sul dolo del fatto, che rimarrebbe integro, ma determinerebbe un errore sull'illiceità valutabile autonomamente nell'ambito della colpevolezza: per questa impostazione, contrastante però nel nostro ordinamento col disposto dell'art. 59,

determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo”³⁶⁷; in questo modo il legislatore ha inteso prevenire un utilizzo distorto della norma, precisando che l’errore circa la sussistenza di una causa di giustificazione deve risultare incolpevole, ricorrendo altrimenti la responsabilità per colpa del soggetto attivo, quando il reato sia punibile a titolo colposo. Diversamente, sarebbe sufficiente addurre un errore in merito alla sussistenza di una scriminante invero inesistente per andare esenti da responsabilità penale; attraverso l’ultimo inciso del comma quarto, invece, il legislatore ha richiesto che l’errore debba essere ancorato ad elementi di carattere oggettivo, legati alla fattispecie concreta ed alle modalità in cui si è svolto il fatto tipico, tali da ritenerlo scusabile³⁶⁸. Qualora invece il soggetto attivo, in considerazione delle circostanze del caso concreto, fosse in grado di avvedersi che non sussisteva alcuna causa di giustificazione al momento della condotta e, pertanto, sia incorso in un errore per propria colpa, risponderà penalmente del reato commesso ma solo quando il legislatore ne preveda la punibilità a titolo di colpa³⁶⁹. Non potrà ravvisarsi una scriminante putativa ed il reo risponderà del fatto a titolo di dolo, quando invece emerga che, alla luce delle caratteristiche del fatto commesso, il soggetto agente non potesse percepire l’assenza di una causa di giustificazione, sì da escluderne la mera colpa e da ravvisarne una piena intenzione delittuosa, che consentirà di affermarne la responsabilità penale in giudizio³⁷⁰. Del pari non potrà operare il disposto del quarto comma dell’art. 59 c.p. quando la scriminante sia soltanto presunta ma non ritenuta sussistente per errore. La dottrina, recepita dalla giurisprudenza, ha infatti evidenziato la differenza tra le ipotesi genuine di scriminante putativa, legate cioè all’errore del reo circa la sussistenza di una causa di giustificazione inesistente, e le cc.dd. scriminanti

ultimo comma, si veda D. Santamaria, *“Lineamenti”*, Milano, 1996; C. Fiore, *“Diritto penale”*, Napoli, 1993; M. Donini, *“Illecito e colpevolezza”*, Milano, 1991. Vedi F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁶⁷ Si veda: C. F. Grosso, *“L’errore sulle scriminanti”*, Milano, 1961; A. Pagliaro, *“Principi”*, Milano, 1972; *contra* A. Santoro, *“La definizione del reato colposo”*, in *Riv. dir. penit.*, 1937. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁶⁸ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁶⁹ Ai sensi dell’art. 42 c.p., infatti, occorre un’espressa previsione legislativa perché un fatto possa essere punito a titolo di colpa o di preterintenzione, laddove, al contrario, il dolo rappresenta il normale elemento soggettivo in materia penale. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁷⁰ Si pensi al caso in cui a fronte di un espresso e ripetuto dissenso della persona offesa il reo ponga in essere il fatto tipico e si difenda in giudizio affermando di aver ritenuto erroneamente di stare agendo in presenza del consenso dell’avente diritto, che scrimina il fatto ai sensi dell’art. 50 c.p. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

presunte; quest'ultime infatti non sono ritenute esistenti dal reo in ragione di un'errata percezione del dato materiale o giuridico bensì meramente supposte in forza di una valutazione presuntiva del soggetto agente³⁷¹. In questa seconda ipotesi, dunque, non sussistono i requisiti perché operi il disposto dell'art. 59 comma quarto, c.p. poiché la condotta è stata realizzata da un soggetto che è ben consapevole di agire in assenza di una causa di giustificazione, avendo presunto che, ad esempio, il consenso sarebbe stato espresso se richiesto, e non può quindi ritenersi che sia incorso in errore³⁷². È da evidenziare che opera anche in relazione alle scriminanti putative il disposto di cui all'art. 5 c.p., in forza del quale *“Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale”*. Ne deriva che il reo non potrà addurre a propria discolta un errore relativo alle norme che disciplinano, nel Codice penale, le cause di giustificazione, sostenendo di aver erroneamente ritenuto che una circostanza diversa da quelle espressamente previste dal legislatore penale producesse un effetto scriminante sulla condotta, come ad esempio lo stato d'ira o la provocazione. Del pari, non potrà assumere rilevanza un errore circa l'interpretazione delle norme penali, tale per cui il reo abbia erroneamente inteso il significato della disciplina di una scriminante³⁷³. Devono invece ritenersi ammissibili errori sul fatto, legati cioè alla percezione della situazione materiale in cui la condotta è posta in essere dal reo, nonché errori su leggi diverse da quella penale, quando abbiano cagionato un errore sul fatto che costituisce reato; si tratta delle forme di errore cui l'art. 47 c.p. riconosce efficacia scusante e che sono ritenute rilevanti anche ai fini del riconoscimento di una scriminante putativa³⁷⁴. Occorre precisare che l'errore su legge diversa dalla legge penale riguarda i casi in cui il soggetto agente incorra in un'errata interpretazione di una disposizione integratrice della fattispecie penale, che implichi pertanto un'errata percezione degli elementi costitutivi

³⁷¹ Si pensi al caso in cui il soggetto attivo, mal interpretando le parole della persona offesa, commetta un fatto integrante gli estremi di un reato ritenendo di agire previo consenso dell'avente diritto; in siffatta ipotesi si è in presenza di una scriminante putativa, derivante da un errore del soggetto agente; diverso il caso in cui lo stesso fatto sia stato realizzato nella convinzione che la persona offesa, se interpellata, avrebbe senza dubbio espresso il proprio consenso. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁷² In riferimento al tipo di errore a cui il legislatore assegna rilevanza ai fini del riconoscimento della scriminante putativa, operano in tal caso le medesime norme che disciplinano gli effetti dell'errore sull'elemento soggettivo del reato. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁷³ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁷⁴ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

del fatto di reato³⁷⁵; Si può dunque affermare, in merito ai presupposti del riconoscimento di una scriminante putativa, che, da un lato, occorre che il soggetto attivo sia incorso in un errore, il quale se dovuto a colpa non escluderà la responsabilità a titolo di colpa per il fatto commesso, ove prevista dal legislatore, a nulla rilevando invece le mere presunzioni o supposizioni, né tanto meno gli errori prospettati in assenza di alcun elemento oggettivo che possa suffragare la difesa del reo, cioè in caso di errore meramente pretestuoso e privo di riscontri obiettivi; dall'altro, occorre che l'errore attenga al fatto di reato, in termini di percezione distorta delle circostanze storiche in cui è stata realizzata la condotta, ovvero che si tratti di erronea interpretazione di una norma diversa da quella incriminatrice e che tuttavia disciplini un elemento costitutivo, integrando la fattispecie penale³⁷⁶. Concludendo con la seconda disposizione di parte generale riguardante le cause di giustificazione, l'art. 55 c.p. disciplina i casi di c.d. "eccesso colposo"³⁷⁷, prevedendo al primo comma che "Quando, nel commettere alcuno dei fatti preveduti dagli artt. 51, 52, 53 e 54, si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge o dall'ordine dell'Autorità ovvero imposti dalla necessità si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi, se il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo"³⁷⁸. Il legislatore, con la legge del 26 aprile 2019, n. 36, ha introdotto un secondo comma alla disposizione in esame, che prende in considerazione le ipotesi speciali di eccesso colposo nella legittima difesa c.d. domiciliare, anch'essa oggetto della novella³⁷⁹. La disposizione originaria di cui al primo comma prende invece in considerazione le ipotesi in cui, in presenza di una delle scriminanti di cui agli artt. 51, 52, 53 e 54 c.p., con esclusione del consenso dell'avente diritto, il soggetto agente ponga in essere una condotta che supera, per colpa, i limiti entro cui il fatto può ritenersi scriminato, incorrendo così in responsabilità penale, a

³⁷⁵ Applicando tali coordinate alle ipotesi scriminanti putative, potrà ricorrere un errore su legge diversa da quella penale, ad esempio, allorché il soggetto attivo male interpreti una disposizione civilistica, ritenendo che gli attribuisca il diritto in forza del quale egli è convinto di agire. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁷⁶ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁷⁷ F. Mantovani, "Diritto penale", Milano, 2019 pag. 273 ss.; G. Fiandaca-E. Musco, "Diritto penale. Parte generale", Bologna, 2018, pag. 271 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss. In argomento si veda: E. Altavilla, "Eccesso colposo", in *Noviss. dig. It*, IV, Torino, 1960; G. Azzali, "L'eccesso colposo", Milano, 1965; P. Nuvolone, "Le due forme di eccesso colposo", in *Giust. pen.*, 1949; M. Gallo, "Eccesso colposo e previsione dell'evento", in *Giur. it.*, 1950.

³⁷⁸ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁷⁹ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

titolo di colpa, ove il fatto sia previsto dal legislatore come reato colposo³⁸⁰. È possibile dunque mettere in evidenza la diversità delle ipotesi di eccesso colposo rispetto ai casi di scriminante putativa, dal momento che, pur essendo entrambe le fattispecie caratterizzate da un errore del soggetto agente, nel primo caso si tratta di un errore *in executivis*³⁸¹, cioè nell'esecuzione o realizzazione del fatto tipico, che supera i limiti entro cui opera l'effetto scriminante; nel secondo caso, invece, si tratta di un errore percettivo, che incide sulla sfera soggettiva e non sulla sua condotta materiale. È infatti diverso rappresentarsi per errore la sussistenza di una scriminante inesistente rispetto al superamento colposo dei limiti entro cui opera una scriminante realmente esistente³⁸². Nei casi di eccesso colposo, la colpa del soggetto agente può essere determinata da due tipologie di errore, a seconda che si tratti di un errore di giudizio ovvero di un errore materiale; nel primo caso, il soggetto agente valuta erroneamente al gravità o l'intensità dei presupposti della scriminante, ritenendo, ad esempio, che il proprio aggressore stia attentando alla sua vita nel caso in cui lo stesso miri invece a ledere un bene patrimoniale; se, dunque, in presenza di un simile errore di giudizio, il soggetto agente pone in essere una condotta difensiva che, sull'erroneo presupposto del pericolo per la propria vita, cagiona la morte dell'aggressore, avrà superato il limite di proporzione richiesto dall'art. 52 c.p., incorrendo in un eccesso colposo, che la dottrina e la giurisprudenza definiscono come "*eccesso nei fini*"³⁸³. Diversamente, se il soggetto agente, pur avendo correttamente percepito i presupposti della scriminante, incorre in un errore di carattere materiale, legato all'uso dei mezzi o agli effetti della propria condotta, sarà ravvisabile un eccesso colposo c.d. "*eccesso nei mezzi*" o "*modale*", perché attiene proprio alle modalità della condotta che esorbitano i limiti della scriminante³⁸⁴. Tanto l'errore di giudizio quanto l'errore modale, dunque, commesso

³⁸⁰ Si pensi all'ipotesi di cui Tizio, aggredito da Caio, reagisca all'offesa subita con una condotta che tuttavia supera il limite di proporzione ("*sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa*") che l'art. 52 c.p. espressamente richiede perché possa ravvisarsi la scriminante della legittima difesa. In tal caso, dunque, in forza dell'art. 55 c.p., dunque il legislatore esclude che il soggetto agente possa rispondere a titolo di dolo, cioè intenzionalmente, con volontà, del fatto di reato commesso in presenza di una causa di giustificazione e tuttavia muove un rimprovero allo stesso per aver colposamente valicato i confini entro cui opera l'effetto scriminante. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁸¹ Si veda P. Nuvolone, "*Il sistema*", Padova, 1975; G. Azzali, "*L'eccesso colposo*", Milano, 1965.

³⁸² F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁸³ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁸⁴ Esemplicando, se Tizio, avvertendosi che Caio intende sottrargli un bene di valore, con l'intento di dissuaderlo lo minaccia con un'arma da fuoco e, nel brandire l'arma, esplose per errore, detto errore materiale, un colpo che cagiona la morte di Caio, risponderà di omicidio colposo ai sensi dell'art. 55 c.p., poiché ha colposamente ecceduto i limiti imposti, in questo caso, dalla necessità di difendere un proprio

con colpa dal soggetto agente, integrano gli estremi di un eccesso colposo. Rispettivamente, nei fini o nei mezzi, che comporta la responsabilità per il fatto commesso, se il legislatore ne prevede la punibilità come reato colposo. Il legislatore impone, pertanto, in capo al soggetto agente che operi in presenza di una scriminante un onere, a seconda dei casi, di diligenza, prudenza o perizia, sanzionando penalmente il superamento colposo dei limiti entro cui la condotta gode dell'effetto scriminante; ne consegue che, fuori dai casi di superamento colposo di suddetti limiti non può operare il disposto dell'art. 55 c.p., che richiede, da un lato, che l'errore non sia scusabile e, dall'altro, che il reo non abbia agito intenzionalmente³⁸⁵. Ove infatti si accerti che il superamento dei limiti della scriminante non sia avvenuto con colpa, poiché l'errore di giudizio o modale non è dipeso da negligenza, imprudenza o imperizia, non potrà imputarsi, neanche a titolo di colpa, la responsabilità per il fatto commesso dal soggetto agente, che beneficerà in pieno della causa di giustificazione³⁸⁶. Al contrario, quando il superamento dei limiti della scriminante risulti intenzionale e non dovuto invece ad un errore del reo, questi incorrerà in un'ipotesi c.d. di eccesso doloso, e, pertanto, risponderà penalmente, a titolo di dolo, dei fatti commessi nel superamento dei suddetti limiti³⁸⁷. L'art 55 c.p. non annovera il consenso dell'avente diritto tra le cause di giustificazione rispetto alle quali può ravvisarsi un eccesso colposo relativi al consenso dell'avente diritto. In dottrina³⁸⁸, in merito a ciò, di sono registrati due opposti orientamenti, divisi riguardo alla possibilità di estendere analogicamente la norma ai casi di eccesso colposo relativi al consenso dell'avente diritto, di cui all'art. 50 c.p. La tesi favorevole all'estensione analogica dell'istituto si fonda sull'effetto favorevole che l'art. 55 c.p. produce per il reo, il quale non risponderà del fatto di reato commesso,

bene e che si sostanziano nel suddetto requisito di proporzione tra difesa e offesa. Vedi G. Bettiol- L. Pettoello Mantovani, *"Diritto penale"*, Padova, 1986; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196.

³⁸⁵ Si veda la dottrina oggi dominante: C. F. Grosso, *"L'errore sulle scriminanti"*, op. cit.; G. Bettiol- L. Pettoello Mantovani, *"Diritto penale"*, op. cit.; F. Mantovani, *"Diritto penale"*, op. cit. Inoltre F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁸⁶ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁸⁷ Se cioè la necessità di difesa, nel caso di legittima difesa ex art. 52 c.p., e il relativo requisito di proporzione tra difesa e offesa, avrebbe consentito al più di cagionare lesioni lievi all'aggressore ma il reo, approfittando delle circostanze concrete, abbia intenzionalmente superato tale limite e colto l'occasione per uccidere il proprio aggressore, risponderà di omicidio doloso ai sensi dell'art. 575 c.p., non potendo invocare in proprio favore una scriminante di cui abbia intenzionalmente superato i limiti. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁸⁸ Si veda: F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss. ; P. Nuvolone, *"Il sistema"*, op. cit.; A. Pagliaro, *"I principi"*, op. cit.

nonostante il superamento dei limiti della scriminante, se non per colpa, e solo quando il fatto sia previsto anche come reato colposo³⁸⁹. Si ritiene inoltre che, in relazione al consenso dell'avente diritto, possano ravvisarsi le medesime esigenze di disciplina legate ai casi in cui il soggetto, ad esempio, pur agendo in presenza del consenso della persona offesa ne abbia, per un errore modale, travalicato i limiti³⁹⁰. L'opposto orientamento, contrario invece alla estensione dell'art. 55 c.p. ai casi di consenso *ex art.* 50 c.p., ha rilevato che non è dato rinvenire una lacuna normativa nell'eccesso colposo, dal momento che il legislatore ha elencato in maniera espressa e tassativa le scriminanti in relazione alle quali può ravvisarsi un eccesso colposo, confermando tale scelta nella seconda parte della norma, che si riferisce ai soli “ *limiti stabiliti dalla legge o dall'ordine dell'Autorità ovvero imposti dalla necessità*”, senza alcun riferimento ai limiti del consenso espresso dalla persona offesa³⁹¹. Secondo questo orientamento si tratterebbe dunque di una c.d. lacuna tecnica o volontaria, in quanto insuscettibile di essere colmata in via analogica. Ulteriore questione che l'ambito operativo dell'art. 55 c.p. ha posto in dottrina e in giurisprudenza attiene alla possibilità di ravvisare un eccesso colposo in relazione al superamento dei limiti di una scriminante meramente putativa³⁹². In siffatta ipotesi, infatti, si è in presenza di un fatto commesso in assenza di una causa di giustificazione che è ritenuta sussistente per errore del soggetto agente. Si è posto dunque il problema della possibilità di assegnare rilevanza al superamento colposo dei limiti di una circostanza che nella realtà non sussiste. Secondo l'orientamento che nega tale possibilità, il carattere putativo della scriminante, che è frutto di un errore del reo, impedisce di valutare se la condotta del reo ne abbia superato i limiti, stante l'assenza di un riscontro materiale, dovuta al carattere meramente virtuale della scriminante³⁹³. Un orientamento intermedio tra la soluzione negativa e la tesi delle compatibilità tra gli istituti ha infine sostenuto che la soluzione dipenda dalla tipologia

³⁸⁹ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁹⁰ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

³⁹¹ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁹² Si veda: E. Altavilla, “*Eccesso colposo*”, op. cit.; P. Nuvolone, “*Il sistema*”, op. cit. *Contra* G. Bettiol- L. Pettoello Mantovani, “*Diritto penale*”, op.cit. Inoltre F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁹³ Di diverso avviso è la Corte di Cassazione, con sentenza n. 12420 del 2010, che ha ritenuto compatibili gli istituti di cui agli artt. 55 e 59 c.p., sostenendo che, in presenza dei presupposti per il riconoscimento di una scriminante putativa a favore del reo, sia possibile valutare se la sua condotta superi i limiti, in relazione alle caratteristiche che essa abbia assunto nella percezione del reo. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

di eccesso colposo verificatasi nel caso concreto, dal momento che un eccesso nei fini, dovuto ad un errore di giudizio, dovrà ritenersi assorbito, secondo tale impostazione, nell'errore in ragione del quale il soggetto agente ha ritenuto sussistente una scriminante; diversamente, nel caso di eccesso nei mezzi, in cui il superamento dei limiti della scriminante è dovuto ad un errore materiale nella esecuzione della condotta, sarebbe possibile ritenere che l'art. 55 c.p. operi in relazione alla scriminante putativa, poiché si tratta di errori di natura diversa e non sovrapponibili³⁹⁴. Diversamente, qualora la scriminante sia inesistente ma ritenuta esistente dal reo e questi, con un ulteriore errore di carattere valutativo o percettivo, abbia immaginato ed immaginato male che sussistano gli estremi di una scriminante, verserà in colpa ai sensi dell'art. 59, quarto comma, c.p., con conseguente inutilità di applicare l'art. 55 c.p., poiché entrambe le disposizioni prevedono la responsabilità colposa del reo, quando il fatto è previsto dalla legge come reato colposo³⁹⁵.

3. LE SCRIMINANTI ATIPICHE: COLLOCAZIONE SISTEMATICA ATTRAVERSO I CONTRIBUTI GIURISPRUDENZIALI E DOTTRINALI

La previsione di stringenti presupposti e di limiti all'efficacia scriminante delle cause di giustificazione cc.dd. tipiche, perché espressamente disciplinate dal legislatore, hanno posto, in diverse ipotesi, problemi di compatibilità tra la disciplina codicistica e le caratteristiche di determinate attività lecite, il cui svolgimento è tuttavia occasione della commissione di reati³⁹⁶. Il problema si è posto, ad esempio, in riferimento all'attività

³⁹⁴ Si pensi al caso in cui il soggetto agente ritenga erroneamente, con errore di percezione, che un passante intenda derubarlo e, minacciandolo con un'arma, lo colpisca accidentalmente per un errore materiale nell'esecuzione della condotta: in tal caso, da un lato, sussistono gli estremi per riconoscere a favore del reo una scriminante putativa e, nel contempo, non può ritenersi che egli abbia agito intenzionalmente, poiché la condotta erroneamente esorbitante è stata tenuta sul presupposto, sebbene erroneo, di doversi difendere da un'offesa ingiusta. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁹⁵ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁹⁶ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

medico-chirurgica, in relazione alla scriminante del consenso dell'avente diritto, e ha trovato soluzione sul piano della tipicità; ulteriore settore in cui la dottrina e la giurisprudenza sono state impegnate nel valutare la compatibilità della materia con la disciplina delle cause di giustificazione è quello sportivo, con particolare riferimento ai cc.dd. *sport a violenza necessaria* o anche solo eventuale³⁹⁷. Un secondo ordine di problemi, legato all'estensione della portata applicativa delle scriminanti tipiche, ha infine riguardato le cc.dd. *cultural defences*, ovvero scriminanti culturali, in relazione alle quali la giurisprudenza è stata chiamata a stabilire se e quale rilevanza possa assumere in sede penale l'etnia del soggetto agente, con particolare riferimento alla cultura, alle tradizioni e alle regole morali e religiose che la contraddistinguono³⁹⁸. Tutte le summenzionate ipotesi sono accomunate dall'assenza di un'espressa disciplina nell'ordinamento penale, che regoli la rilevanza penale di comportamenti che, in ragione delle peculiarità oggettive o soggettive della fattispecie concreta, possano o debbano ritenersi non punibili o quantomeno meritevoli di un trattamento sanzionatorio attenuato³⁹⁹. All'assenza di un'espressa disciplina parte della dottrina ha sostenuto di poter sopperire attraverso il ricorso alla c.d. teoria dell'azione socialmente adeguata; si tratta di un'elaborazione dottrinale sviluppatasi nell'ordinamento tedesco durante il periodo nazista, che presuppone una concezione sostanziale del principio di legalità; tale impostazione consente, sulla scorta di tale fondamentale presupposto, di escludere la punibilità di quelle condotte che, pur integranti una fattispecie di reato e non espressamente scriminate dalla legge positiva, risultino espressive dei valori condivisi dalla società in un dato momento storico e quindi "socialmente adeguate" ed in quanto tali non punibili⁴⁰⁰. Si propone cioè, attraverso la descritta teoria, un parametro sostanziale legato ai valori che caratterizzano un determinato contesto sociale, attraverso cui valutare se la condotta del reo risulti conforme, e quindi adeguata, a siffatti valori ovvero contraria ed inadeguata rispetto ad essi, con conseguente possibilità di escludere, nel primo caso, la punibilità del fatto, anche prescindendo dal dato formale⁴⁰¹. Il fondamento ideologico della teoria dell'azione socialmente adeguata

³⁹⁷ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁹⁸ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

³⁹⁹ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

⁴⁰⁰ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

⁴⁰¹ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

è da rinvenirsi nell'accezione sostanziale del principio di legalità, che non richiede un'espressa previsione legislativa dei comportamenti penalmente rilevanti, consentendo la punizione dei fatti che risultino in contrasto con i valori condivisi dalla società⁴⁰². La caduta dei sistemi totalitari e l'avvento delle moderne Carte costituzionali, fondate sull'accezione formale di legalità, che contraddistingue lo Stato di diritto, ha segnato il tramonto della legalità sostanziale e comporta l'incompatibilità con il vigente ordinamento penale dei suoi corollari, ivi compresa la teoria dell'azione socialmente adeguata⁴⁰³. Nonostante l'effetto favorevole che ne discende per il reo, tale impostazione risulta infatti in palese contrasto con il principio di legalità formale e con i suoi corollari di riserva di legge e tassatività, che regolano la materia penale nel nostro ordinamento, con conseguente impossibilità di invocare la corrispondenza della condotta tipica ai fini sociali condivisi in un determinato momento storico per escluderne la punibilità⁴⁰⁴. Occorre invece verificare se l'ordinamento penale, complessivamente inteso, offra sul piano strettamente normativo gli strumenti per assegnare rilevanza alle peculiarità oggettive e soggettive che contraddistinguono le materie in cui la dottrina ritiene operanti le c.d. scriminanti atipiche⁴⁰⁵. Deve precisarsi che questo argomento, delle "scriminanti tacite", non deve essere sovrapposto o confuso con la questione relativa all'ammissibilità di un'estensione analogica delle cause di giustificazione, poiché in quest'ultimo caso, si presuppone l'esistenza di un'espressa disciplina delle scriminanti, che si intende estendere analogicamente a casi non ricompresi nell'ambito applicativo della legge. Nel caso delle scriminanti atipiche, invece, si parte dall'opposto presupposto dell'assenza di una disciplina della causa di giustificazione da invocare, anche solo per analogia, in un determinato settore o per una determinata fattispecie criminosa⁴⁰⁶. Anche il Mantovani definisce queste, le cause, come "tacite", ovvero non codificate o extralegislative, perché, dunque, non previste dalla legge, ma da fonti materiali. Circa il problema della loro ammissibilità, esse sono *coessenziali* agli ordinamenti penali incentrati sul principio di legalità sostanziale, come

⁴⁰² Nel periodo nazista tale impostazione consentiva frequenti e gravi violazioni delle garanzie dei cittadini, privati di ogni forma di tutela avverso l'abuso del potere del *Reich*. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

⁴⁰³ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

⁴⁰⁴ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

⁴⁰⁵ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

⁴⁰⁶ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 100 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

si è detto, ove nei criteri del bilanciamento di interessi, del giusto mezzo per il giusto scopo, della azione socialmente adeguata, della non pericolosità sociale dell'azione, si individua la fonte del diritto extralegislativo avente efficacia limitativa della norma penale scritta⁴⁰⁷. Esse sono, invece, *inconciliabili*, con gli ordinamenti incentrati sul principio di legalità formale, quale appunto il nostro, che non ammettono scriminanti oltre quelle espressamente previste. Il problema che si pone è soltanto quello della estensione analogica delle scriminanti codificate, sempre che si ritenga ammessa l'analogia in *bonam partem* e pur sempre nei casi e limiti previsti⁴⁰⁸. Circa, invece, il problema della loro necessità pratica, esse sono inutili, poiché le c.d. ipotesi di scriminanti tacite sono in genere riconducibili alle scriminanti codificate⁴⁰⁹, come appunto: 1) la *cultural defence*; 2) l'attività sportiva violenta; 3) l'attività medico-chirurgica. In seguito al mutamento istituzionale, avvenuto nel nostro paese, il vigente diritto penale non risponde più appieno al complesso dei nuovi valori istituzionali. Tale mutamento di valori istituzionali, che non va confuso coi mutamenti di opinione pubblica o con le ideologie ed interessi di parte, è quello espresso attraverso i principi della Costituzione, in cui si conciliano e trovano il loro punto di equilibrio le varie forze operanti nella nostra società⁴¹⁰. Pertanto, il contrasto totale o parziale di una norma col principio costituzionale deve essere rimosso attraverso le garanzie del giudizio di costituzionalità o il riconoscimento della liceità di particolari condotte, che, nel quadro dell'art. 51 c.p., delimita la portata della norma penale. Non, invece, attraverso le incerte e insidiose vie delle scriminanti tacite, così definite dal Mantovani⁴¹¹.

3.1 Le scriminanti culturali

Un primo ordine di questioni relative all'efficacia scriminante di circostanze non espressamente disciplinate dal legislatore ha interessato le cc.dd. scriminanti culturali o *cultural defences*, il cui fondamento è legato alle norme etiche, morali e religiose che

⁴⁰⁷ F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

⁴⁰⁸ F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

⁴⁰⁹ F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

⁴¹⁰ F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

⁴¹¹ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

caratterizzano l'etnia di appartenenza del soggetto agente. La questione si pone allorché l'ordinamento, in specie il diritto penale, non si rivolga ad una cerchia di individui dal carattere omogeneo in ragione dei valori, del credo e delle tradizioni, bensì ad una pluralità di soggetti appartenenti ad etnie diverse che, grazie all'abbattimento delle frontiere o a seguito di fenomeni di emigrazione, vengano a costituire una c.d. società multi-etnica⁴¹². Quando, dunque, le norme giuridiche vigenti nell'ordinamento non risultano espressive di valori condivisi e comuni a tutti i propri destinatari, può verificarsi che il precetto giuridico entri in contrasto con uno o più precetti morali, etici o religiosi, che caratterizzano una minoranza etnica. Occorre pertanto stabilire in che misura tale contrasto possa assumere rilevanza per il diritto e quali strumenti competano all'interprete per superarlo e ricomporlo⁴¹³. I caratteri della questione sono differenti, allora, a seconda che si tratti di un reato commesso da uno straniero sul territorio italiano ovvero di fatto commesso all'estero ma punibile secondo la legge penale italiana, come nei di cui all'art. 7 c.p., o in relazione ai reati per i quali vige il "principio di ubiquità"⁴¹⁴. In questa ultima ipotesi, qualora l'ordinamento estero consenta la realizzazione del fatto che assume invece rilevanza penale nell'ordinamento italiano, si ritiene che il principio di territorialità, secondo cui deve trovare applicazione la legge del luogo in cui il fatto è avvenuto, consenta di ritenere la condotta priva di carattere illecito anche per l'ordinamento italiano⁴¹⁵. Occorre precisare, tuttavia, che al principio di territorialità deroga il principio di universalità, in forza del quale, è possibile punire il cittadino italiano o lo straniero che abbiano posto in essere determinate fattispecie criminose all'estero. È quanto previsto dall'art. 583 *bis* c.p. che, nel punire le pratiche di mutilazione genitale, prevede all'ultimo comma che *"Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano o da straniero residente in Italia, ovvero in danno di cittadino italiano o di straniero residente in Italia. In tal caso, il colpevole è punito a richiesta del Ministro della giustizia"*⁴¹⁶. Ulteriore esempio di fatto punibile in Italia, anche se commesso all'estero,

⁴¹² F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

⁴¹³ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

⁴¹⁴ Esso ne consente la punizione in Italia anche se il fatto è avvenuto all'estero, in ragione della sua particolare riprovevolezza o dell'importanza dei valori tutelati. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

⁴¹⁵ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

⁴¹⁶ In forza dunque del criterio di collegamento soggettivo, relativo alla nazionalità o alla residenza dell'autore del fatto o della persona offesa, l'ordinamento italiano estende la propria pretesa punitiva

può essere rinvenuto nella disposizione dell'art. 604 c.p., rubricato “*Fatto commesso all'estero*”, ai sensi del quale le norme che puniscono i delitti contro la libertà personale e contro la libertà sessuale “*si applicano altresì, quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano ovvero in danno di cittadino italiano, ovvero da cittadino straniero in concorso con cittadino italiano*”⁴¹⁷. La specialità del principio di universalità (o di ubiquità) della responsabilità penale rispetto al principio di territorialità, consente dunque di ritenere, in siffatte ipotesi, che le norme che facoltizzano detti comportamenti negli ordinamenti esteri, proprio perché estranee al nostro ordinamento e in ragione della deroga al principio di territorialità prevista dal legislatore, non possono assumere rilevanza ed escludere la punibilità del reo secondo la legge penale italiana⁴¹⁸. Diverso è il caso in cui il reato sia stato commesso nel territorio italiano da parte di un soggetto che, prescindendo dal dato formale della cittadinanza, appartenga ad un'etnia che esprime valori diversi da quelli sottesi alle leggi nazionali, e segua precetti morali, etici o religiosi, che impongono comportamenti penalmente rilevanti per l'ordinamento⁴¹⁹. Occorre precisare che la questione relativa alla rilevanza giuridica di tali precetti e alla soluzione dell'eventuale contrasto con le norme giuridiche nazionali presuppone che la condotta penalmente rilevante possa qualificarsi come “culturalmente orientata” e si caratterizzi cioè per la rispondenza della condotta del soggetto attivo a canoni comportamentali riconducibili ad una determinata “cultura” diversa da quella cui la normativa nazionale è ispirata⁴²⁰. In merito alla nozione di cultura, la dottrina ha precisato che occorre che sia riconducibile ad una specifica etnia, individuabile attraverso il riferimento ad un popolo o ad una nazione storicamente e territorialmente definita⁴²¹. Premesso ciò, si deve dare atto a due possibili modelli di gestione del

anche alle condotte di mutilazione commesse all'estero, al fine di prevenire e scoraggiare la diffusa pratica di condurre la persona offesa in territorio estero dove la mutilazione genitale non costituisce reato, per eludere il divieto penalmente sanzionato dal legislatore italiano. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

⁴¹⁷ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

⁴¹⁸ Fuori da queste specifiche ipotesi, dunque, trova piena applicazione il principio di territorialità e operano di conseguenza le norme straniere che consentono la commissione del fatto, escludendone a monte la rilevanza penale. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

⁴¹⁹ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

⁴²⁰ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

⁴²¹ Non potrà invece porsi un problema di rilevanza di valori “improvvisati” da aggregazioni sociali prive di un effettivo sostrato culturale, e quindi non riconducibili ad un popolo o ad una nazione, geograficamente e storicamente individuata. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

contrasto tra norme giuridiche nazionali e norme extra-giuridiche che caratterizzano una particolare etnia presente sul territorio dello Stato. Un primo modello è definito “assimilazionista”, e si caratterizza per la negazione di rilevanza giuridica alle diversità culturali riscontrabili in relazione alle minoranze etniche che vivono sul territorio dello Stato: ne deriva che la legge nazionale trova piena e indistinta applicazione nei confronti di tutti i suoi destinatari, sul presupposto della neutralità dell’ordinamento rispetto alla cultura di origine dei soggetti cui si rivolge⁴²². All’opposto si colloca invece il c.d. “modello multiculturale”, che riconosce invece e tutela le diversità culturali delle minoranze etniche residenti sul territorio statale, senza tuttavia consentire che tale riconoscimento e tutela pregiudichino i valori fondamentali dell’ordinamento⁴²³. È necessario verificare, dunque, se e come l’ordinamento italiano riconosca rilevanza ai valori propri delle numerose etnie che risiedono sul territorio nazionale e quali strumenti possono trovare applicazione per comporre l’eventuale contrasto tra valori particolari e norme giuridiche, in specie, penali⁴²⁴. Sul piano normativo manca una espressa disciplina della questione in esame, potendosi esclusivamente registrare la previsione di appositi delitti che puniscono comportamenti connotati da una matrice culturale, spesso religiosa propria di alcune minoranze etniche: si pensi al già menzionato art. 593 *bis* c.p., che punisce le pratiche di mutilazione genitale invalse in alcune popolazioni africane ed asiatiche⁴²⁵. Deve infatti precisarsi che il riconoscimento della rilevanza giuridica della cultura propria di popoli appartenenti ad un’etnia diversa incontra un limite inderogabile nei valori cui è ispirato l’ordinamento nazionale, che, in relazione all’esempio su menzionato, eleva la salute e la tutela dell’integrità psico-fisica dei minori, vittime delle pratiche di mutilazione, a diritti fondamentali della persona, che non tollerano pertanto alcuna forma di compromesso⁴²⁶. Fuori dai casi di espressa punizione del comportamento culturalmente orientato, la giurisprudenza ha invece assegnato rilevanza giuridica alla componente etnica del reato, intervenendo a più riprese sulla questione, in applicazione tuttavia dei medesimi principi. È stata tuttavia

⁴²² F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

⁴²³ Nell’ottica del modello multiculturale, dunque, gli strumenti per assegnare rilevanza ai precetti extra-giuridici vigenti per una determinata etnia, che comportino la commissione di reati cc.dd. culturalmente orientati, possono essere individuati nel riconoscimento di una causa di giustificazione culturale, *cultural defence*, ovvero di una causa di esclusione della colpevolezza o, infine, assegnando rilevanza alla matrice culturale del reato in sede di quantificazione della sanzione. Si veda F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

⁴²⁴ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

⁴²⁵ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

⁴²⁶ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.; F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.; G. Fiandaca- E. Musco, op. cit. pag. 267 ss.; F. Antolisei, op. cit., 196 ss.

costantemente esclusa l'efficacia scriminante dell'appartenenza del reo ad una minoranza etnica caratterizzata da valori e precetti contrastanti con il diritto nazionale, ritenendo invece valutabili tali aspetti con esclusivo riferimento alla quantificazione della sanzione da irrogare⁴²⁷. Con sentenza del 2008⁴²⁸, la Corte di Cassazione si è pronunciata in tal senso in merito ad una fattispecie di maltrattamento in famiglia, violenza sessuale e sequestro di persona, posti in essere dal marito, di religione musulmana, nei confronti della moglie; nel caso di specie i giudici di legittimità hanno riconosciuto la natura culturalmente orientata del reato, stante l'incidenza sulle modalità della condotta della concezione della famiglia e della donna propria della cultura del reo⁴²⁹; è stata tuttavia negata efficacia scriminante all'elemento culturale del reo, ammettendone la sola incidenza sulla quantificazione della pena, ai sensi dell'art. 133 c.p., dal momento che *“la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali, cui è certamente da ascrivere la famiglia (artt. 2, 29 e 31 Cost.), nonché il principio di eguaglianza e di pari dignità sociale (art. 3, comma 1 e 2, Cost.), costituiscono uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione di diritto o di fatto nella società civile di consuetudini, prassi o costumi con esso assolutamente incompatibili”*⁴³⁰. Alle medesime conclusioni la Corte è pervenuta in pronunce successive, tra cui la sentenza n. 48272 del 2009, anche questa relativa ad un'ipotesi di maltrattamento in famiglia, ai danni dei minori, in cui si è affermato che la formazione della personalità del minore costituisce valore fondamentale espressamente tutelato dalla Carta costituzionale, agli artt. 2, 3, 30 e 32, che non tollerano deroga alcuna ed impongono a chi si trovi sul territorio dello Stato di astenersi da comportamenti lesivi di tale diritto; nella specie, con riferimento alle condotte violente poste in essere dal padre nel preteso esercizio della propria funzione educativa, la Corte ha precisato che *“per il primato che il nostro ordinamento attribuisce alla dignità della persona, anche del minore, ormai soggetto titolare di diritti e non più, come in passato, semplice oggetto di protezione, se non addirittura di disposizione, da parte degli adulti, le finalità di correzione-educazione del medesimo, che mirano in particolare a conseguire un risultato di armonico sviluppo della personalità, rendendola sensibile ai valori di pace, tolleranza, uguaglianza e solidale convivenza, non possono essere perseguite*

⁴²⁷ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

⁴²⁸ Si veda: <http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/>, sentenza n. 46300 del 2008 della Corte di Cassazione. Vedi F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

⁴²⁹ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

⁴³⁰ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

*utilizzando un mezzo violento, che tali fini contraddice*⁴³¹. In una successiva occasione, la Corte di Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi in merito alla possibile efficacia scusante della matrice culturale del reato, in termini di esclusione della colpevolezza e non dell'antigiuridicità; i giudici di legittimità, con sentenza n. 25153 del 2011, emessa in relazione ad un caso di maltrattamenti ai danni della figlia dell'imputato, che ha invocato quale scusante i costumi propri dell'etnia di appartenenza che consentono al padre di educare la prole, anche mediante l'uso della violenza, specie a fronte di violazioni etiche e religiose, hanno tuttavia negato rilevanza scusante alla componente culturale del comportamento criminoso e confermato la mera possibilità di valutazione di tali aspetti in sede di quantificazione della pena⁴³². Più di recente la questione è stata affrontata dalla Corte di Cassazione, in sentenza n. 14960 del 2015, pronunciata anche in questo caso in materia di maltrattamenti in famiglia, ma sotto un diverso profilo, attinente alla possibilità per il reo di invocare una c.d. scriminante culturale in forma putativa. Secondo la tesi sostenuta dal ricorrente, infatti, *“al fine di evitare che l'eguaglianza di trattamento si trasformi in trattamento diseguale se applicato a stranieri, costretti a sottomettersi a costumi da loro non conosciuti e spesso contrari alle loro abitudini”*, sarebbe necessario valutare se il diverso patrimonio culturale dell'imputato, specie se appena giunto in Italia, le sue differenti abitudini e la sua diversa percezione della liceità o dell'illiceità dei fatti, possano integrare una situazione di scriminante erroneamente supposta, per errore incolpevole, che renda il fatto non punibile ai sensi dell'art. 59 ultimo comma, c.p.⁴³³ La Corte ha tuttavia osservato che *“in una società multietnica non è concepibile la scomposizione dell'ordinamento in altrettanti statuti individuali quante sono le etnie che la compongono, non essendo compatibile con l'unicità del tessuto sociale - e quindi con l'unicità dell'ordinamento giuridico - l'ipotesi della convivenza in un unico contesto civile di culture tra loro confliggenti”*⁴³⁴. Sulla scorta di tale presupposto si è quindi sostenuto che occorre invece armonizzare i comportamenti individuali rispondenti alla varietà delle culture, *“in base al principio unificatore della personalità umana, quale denominatore minimo comune per l'instaurazione di una società civile”*⁴³⁵. Emerge dunque dai passaggi motivazionali della sentenza in commento, l'adesione al modello assimilazionista, che nega rilevanza

⁴³¹ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

⁴³² F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

⁴³³ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

⁴³⁴ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

⁴³⁵ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

giuridica ai precetti morali, etici e religiosi legati all'etnia del reo⁴³⁶. La Corte di Cassazione nega pertanto la sussistenza dei requisiti del riconoscimento di una scriminante putativa, precisando che non può invocare l'errore sulla supposta sussistenza di una scriminante a proprio favore chi non si sia preoccupato di verificare preliminarmente l'esistenza del diritto nel cui esercizio pretende di aver commesso il fatto; qualora, quindi, il reo sia stato inadempiente a tale dovere non potrà ritenersi che la sua convinzione sia dipesa da un errore, in applicazione della regola sancita dall'art. 5 c.p., secondo cui “*Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale*”⁴³⁷.

3.2 La scriminante sportiva

Il problema per gli sport a *base violenta* (pugilato, rugby, lotta, judo, catch, ecc.) e per gli ulteriori eventi lesivi ad essi connessi⁴³⁸ trova la sua soluzione nel *fondamento politico-sostanziale* della liceità della violenza-base, cioè, nel dilettantismo, la utilità umana dello sport per il miglioramento della salute psico-fisica dei cittadini; mentre per il professionismo, per lo sport-impresa, la motivazione umana suddetta si attenua in funzione di quella della offerta dello spettacolo. Discorso a sé meriterebbe il pugilato, che si giustifica solo in base all'attuale livello di civiltà umana, è ai limiti della

⁴³⁶ Tanto appare confermato dalla decisione in merito alla rilevanza putativa della scriminante culturale, nella forma dell'esercizio di un diritto, che ne ha la configurabilità stante la incompatibilità del diritto preteso con l'ordinamento italiano; si osserva infatti, al riguardo, che “*si profila, come essenziale per la stessa sopravvivenza della società multietnica, l'obbligo giuridico di chiunque vi si inserisce di verificare preventivamente la compatibilità dei propri comportamenti con i principi che la regolano e quindi della liceità di essi in relazione all'ordinamento giuridico che la disciplina, non essendo di conseguenza riconoscibile una posizione di buona fede in chi, pur nella consapevolezza di essersi trasferito in un paese diverso e in una società in cui vivono culture e costumi differenti dai propri, presume di avere il diritto – non riconosciuto da alcuna norma di diritto internazionale – di proseguire in condotte che, seppure ritenute culturalmente accettabili e quindi lecite secondo leggi vigenti nel paese di provenienza, risultano oggettivamente incompatibili con le regole proprie della compagine sociale in cui ha scelto di vivere*”. F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

⁴³⁷ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

⁴³⁸ B. Petrocelli, “*La illiceità penale della violenza sportiva*”, Padova, 1952; Severino, “*Il delitto dello sport*”, Napoli, 1930; T. Delogu, “*La teoria del delitto sportivo*”, in *Annali*, 1932; G. Vassalli, “*Agonismo sportivo e norma penale*”, in *Riv. dir. sport.*, 1958; F. Mantovani, “*Esercizio del dir.*”, op. cit.; F. Albeggiani, “*Sport (dir. pen.)*”, XLIII, 1990; G.A. De Francesco, “*La violenza sportiva ed i suoi limiti scriminanti*”, in *Riv. it.*, 1983; Per la scriminante dell'art. 50 c.p. vedi: Cass., 30/4/92, in *Cass. pen.*, 1993. Per la scriminante non codificata: Cass., 8/8/2000, in *St. iur.*, 2001; in *Cass. pen.*, 20/4/10; 14/7/16 in *St. iur.*, 2017. Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.

tollerabilità costituzionale (art. 32 Cost. e 5 c.c.) per la sua dannosità psicofisica e ne viene prevista l'abolizione in proposte di legge⁴³⁹. Il *fondamento tecnico-formale* della liceità è la scriminante non dell'art. 50, inoperante rispetto agli eventuali eventi lesivi eccedenti il limite dell'art. 5 c.c., ma dell'art. 51, trattandosi anche qui di attività giuridicamente autorizzata, come si desume da tutta la legislazione⁴⁴⁰, che riconosce, disciplina, favorisce e finanzia le attività sportive. I limiti dell'autorizzazione giuridica sono: il *limite soggettivo* del consenso del soggetto (e dell'eventuale rappresentante legale), poiché lo sport è per definizione libera partecipazione e competizione; i *limiti oggettivi* della idoneità psico-fisica dei contendenti, richiesta e tutelata dal D.M. 13/3/95⁴⁴¹, e del rispetto delle regole del gioco, fissate da norme scritte o dall'esperienza sportiva. Degli eventuali ulteriori eventi lesivi non si risponderà per mancanza di dolo e colpa "sportivi", se si sono verificati nonostante il rispetto delle regole del gioco, mentre si risponderà se dovuti alla inosservanza di esse. Analogo discorso vale per gli *sports non di combattimento*, ma nei quali la violenza è connessa con alto grado di probabilità (calcio, automobilismo, ecc.). Al contrario, sottostanno alle comuni regole della responsabilità i fatti lesivi non finalisticamente connessi con l'esercizio dell'attività sportiva. L'esigenza di *leges artis* rigide è direttamente proporzionale alla pericolosità del tipo di sport⁴⁴², tendendo a sparire rispetto agli sports a pericolosità pressoché nulla, quale ad esempio il tennis, che sottostanno però alla "responsabilità comune", anziché alla "responsabilità sportiva", ed alla sportività dell'attività, che a sua volta dipende dalla utilità sociale della stessa, per la salute psicofisica dei contendenti, la quale è maggiore per gli sports dilettantistici rispetto a quelli professionistici, fino a dissolversi rispetto a certi altri sports, quale la boxe⁴⁴³.

⁴³⁹ F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.

⁴⁴⁰ L. 16/2/42 n. 426 istitutiva del CONI; ecc. Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.

⁴⁴¹ Cass. n. 516/2005; 3353/2010; 5/06/09 in *Cass. pen.*, 2011. Per il rispetto delle regole del gioco: Cass., 18/4/16, in *St. iur.*, 2016. Per l'inapplicabilità della scriminante alle lesioni personali nel caso di mera esibizione sportiva (scontro tra due natanti nel caso di un'esibizione non competitiva), perché non disciplinata da regole stabilite dagli organismi di categoria: Cass., 14/7/16, in *Cass. pen.*, 2017. Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.

⁴⁴² Ad esempio nella boxe: l'appartenenza dei contendenti alla stessa categoria, controllo preventivo del peso, preaccertata idoneità al combattimento, interruzione dello stesso in caso di lesioni, divieto di colpi irregolari, controllo dell'arbitro, ecc.). Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.

⁴⁴³ F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.

3.3 La scriminante dell'attività medica

A questo punto, ben possono cogliersi i motivi per cui si è reso necessario trattare brevemente le “scriminanti tacite”, *id est* per una maggior completezza della tematica concernente l'attività del medico, *sub specie* dello psichiatra. Per individuare il fondamento ed il limite della liceità⁴⁴⁴, occorre distinguere tra: attività *terapeutica*; attività *terapeutico-sperimentale*; attività *sperimentale pura* o scientifica; attività *estetica pura*⁴⁴⁵. Il fondamento *politico-sostanziale* della liceità della attività terapeutica, della sperimentazione terapeutica, della sperimentazione pura, sta nella loro utilità umana: per la salute del singolo, *ex art.* 32 Cost., nei primi due casi e per il progresso della medicina nel secondo, *ex art.* 9 Cost. Il fondamento *tecnico-formale* della loro liceità va individuato non nell'asserita *atipicità*, nel senso della concezione tripartita del reato, del trattamento medico-chirurgico, quale ne sia l'esito, se eseguito secondo la *leges artis*, perché atipico può essere, al più, l'intervento terapeutico o terapeutico-sperimentale completamente fausto, ma non quello con esito infausto parzialmente⁴⁴⁶ o, più ancora, totalmente, nel caso di morte, e, comunque, l'intervento di sperimentazione pura; e perché l'atipicità sta ad indicare la mera irrilevanza penale del fatto, ma non il giudizio di approvazione dell'ordinamento, sottostante all'autorizzazione giuridica, e alla doverosità, in certi casi, dell'attività medica, bensì sul piano delle scriminanti, poiché la liceità si fonda sul bilanciamento degli interessi⁴⁴⁷. Le scriminanti del *consenso dell'avente diritto*, dell'*adempimento del dovere* o *dello stato di necessità*, non offrono una “giustificazione” né adeguata, né realistica, e pericolosa per le ragioni che seguono. Il consenso *ex art.* 50 c.p., perché esso scrimina sulla base dell'interesse *mancante* e della conseguente *indifferenza* dell'ordinamento giuridico, mentre la liceità dell'attività medica, nel caso di specie del chirurgo, si fonda sull'utilità sociale della stessa e, quindi, sul conseguente giudizio giuridico di *prevalenza* dell'interesse da essa espresso; e perché esso non abbraccia le menomazioni permanenti dell'integrità fisica, mentre l'attività medico-chirurgica sottostà al solo limite del bilanciamento dei rischi-

⁴⁴⁴ F. Mantovani, *op. cit.*, pag. 269 ss.

⁴⁴⁵ Si veda il F. Grisogni, “*La liceità giuridico-pen. del trattamento medico-chirurgo*”, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1914; A. Crespi, “*La responsabilità pen. nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*”, Palermo 1955; G. Vassalli, “*Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirur.*”, in *Arch. pen.*, 1973; R. Riz, “*Il trattamento medico e le cause di giustificazione*”, Padova, 1975; M. e F. Bilancetti, “*La resp. pen. e civ. del medico*”, Padova, 2010; F. Mantovani, “*La resp. del medico*”, in *Riv. it. med. leg.*, 1980. Si veda F. Mantovani, *op. cit.*, pag. 269 ss.

⁴⁴⁶ Ad esempio, arresto della cancrena, ma con perdita dell'arto. Si veda F. Mantovani, *op. cit.*, pag. 269.

⁴⁴⁷ F. Mantovani, *op. cit.*, pag. 269 ss.

benefici⁴⁴⁸. L'adempimento del dovere *ex art.* 51 c.p. e lo stato di necessità *ex art.* 54 c.p., perché prescindendo essi dal consenso del paziente, possono portare a negarne l'autodeterminazione, e, pertanto, sono e debbono restare del tutto estranee all'attività medico-chirurgica. Rileva bensì la scriminante dell'art. 51 c.p., trattandosi di attività giuridicamente autorizzate per la loro utilità sociale, e quale servizio pubblico, come si desume dall'art. 32 Cost. e da tutta la legislazione che riconosce, disciplina, favorisce e finanzia tali attività. Tuttavia tra i requisiti ed i limiti della autorizzazione legislativa vi è, innanzitutto, il *consenso* del soggetto e può rilevare la urgente necessità terapeutica ai fini della sufficienza del consenso presunto, che non sono le scriminanti *ex artt.* 50 e 54⁴⁴⁹. E proprio in ragione della sottostante autorizzazione giuridica, e nei limiti di essa, diventa legittima l'assunzione dell'obbligo di garanzia, cioè di cura, da parte del medico, pur sempre sulla base del consenso del paziente, con la fonte nel rapporto contrattuale tra medico e paziente o di lavoro del medico con la struttura sanitaria, e non rientra nell'adempimento del dovere *ex art.* 51 c.p. I limiti dell'autorizzazione giuridica e dell'obbligo di garanzia dipendono dal "tipo di ordinamento"⁴⁵⁰. Corollario dell'ordinamento incentrato su una concezione "utilitaristica" dell'uomo è, infatti, il *principio dell'indisponibilità* dell'essere umano, che trova l'unico limite logico, secondo l'utilitarismo statale-collettivistico o maggioritario, nella utilità pubblica o "dei più", come confermano ricorrenti e abominevoli esperienze storiche⁴⁵¹, cui fa riscontro l' "obbligo di curarsi" del singolo e, quindi, del non rifiuto delle cure; secondo l'utilitarismo edonistico-individualistico, invece, nel *consenso* del soggetto, che legittima la tendenza ad una illimitata liberalizzazione⁴⁵². Corollario dell'ordinamento incentrato, come il nostro, sulla "concezione personalistica" dell'uomo, religiosa e laica, è il "principio della indisponibilità" della persona umana *manu aliena* che si articola nel: 1) "principio della salvaguardia della vita, integrità fisica e salute" del soggetto, *ex artt.* 32 Cost, 5 c.c., che comporta la liceità dell'attività "terapeutica", nei limiti del bilanciamento tra benefici e rischi del trattamento; della "sperimentazione terapeutica", nei limiti di tale bilanciamento, visto in rapporto anche alla trattabilità o meno della malattia con terapie già collaudate, finché, cioè, sussiste il c.d. tentativo di cura o miglior cura; della "sperimentazione pura", nei limiti dell'art. 5 c.c.; del "prelievo da

⁴⁴⁸ F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.

⁴⁴⁹ F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.

⁴⁵⁰ F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.

⁴⁵¹ Eutanasia eugenica, economica, criminale, sanitaria; sterilizzazione coattiva; aborto demografico; sperimentazione umana e prelievi da vivente consensuali; ecc. Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.

⁴⁵² Aborto, droga, sterilizzazione irreversibile, transessualismo, eutanasia pietosa, procreazione assistita, locazione del grembo materno, suicidio, ecc. Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.

vivente” a scopo di trapianto, nei limiti dell’art. 5 c.c. (prelievi di sangue, tessuti, ecc.), con conseguente divieto del prelievo degli organi unici, ma anche doppi⁴⁵³; del “prelievo da cadavere”, nei limiti della morte unica a tutti i fini, encefalica, scientificamente certa, anche se accertata con metodi precoci; della “scelta medica” tra più mezzi terapeutici, se tutti scientificamente seri e nessuno di provata superiorità terapeutica o, altrimenti, di quello avente tale superiorità⁴⁵⁴. Ulteriori limiti si possono rinvenire nell’ “idoneità tecnica” della struttura e del personale sanitario ed il rispetto della *leges artis*, nonché “l’utilità e serietà scientifica” dell’esperimento; 2) nel “principio della salvaguardia della dignità della persona umana”⁴⁵⁵, che comporta l’illiceità del trapianto, futuribile definito dal Mantovani, del cervello, con la conseguente mostruosità di un nuovo “uomo artificiale”; della conservazione in vita della testa isolata dal corpo; dell’ibernazione del soggetto vivo o vitale per farlo rivivere quando la medicina avrà vinto la malattia di cui è affetto, ma in un mondo che non è più il suo; del trattamento rianimatorio una volta accertata la morte encefalica irreversibile per evitare la degradazione dell’ “uomo pianta” e delle “banche viventi di organi”; della psicotomia o psicoterapia, volte non a curare la malattia mentale, ma a modificare la personalità, ad esempio, per estirpare la criminalità o neutralizzare i dissenzienti politici; delle manipolazioni genetiche, volte alla ibridazione uomo-animale o alla riproduzione di uomini in serie; della locazione del ventre materno, degradante la donna ad organismo riproduttore ed il nato a *res* commerciabile e commissionabile⁴⁵⁶; 3) nel “principio di eguaglianza e pari dignità dei soggetti umani”, *ex art. 3 Cost.*, che si oppone alle discriminazioni in materia di sperimentazioni e prelievi⁴⁵⁷, e di scelte tragiche, o attuate attraverso la programmazione e selezione genetica di uomini, inferiori o superiori; 4) nel principio del “consenso”⁴⁵⁸ reale, informato, specifico, oppure presunto, nel caso di impossibilità materiale di consentire e di urgente necessità terapeutica, del soggetto o del rappresentante legale, se trattasi di attività terapeutica o terapeutico-sperimentale⁴⁵⁹. Per la sperimentazione pura occorre il consenso *reale*,

⁴⁵³ Con l’eccezione della l. 1967 per il rene. Si veda F. Mantovani, *op. cit.*, pag. 269 ss.

⁴⁵⁴ F. Mantovani, *op. cit.*, pag. 269 ss.

⁴⁵⁵ Artt. 3, comma 1, 27, comma 3, 32, 41 Cost, 1 Carta europea dei diritti. Si veda F. Mantovani, *op. cit.*, pag. 269 ss.

⁴⁵⁶ F. Mantovani, *op. cit.*, pag. 269 ss.

⁴⁵⁷ Sui c.d. “soggetti esposti”: condannati a morte, detenuti, moribondi, incapaci, vecchi, malati non paganti, di basso livello culturale, di colore, ecc. Si veda F. Mantovani, *op. cit.*, pag. 269 ss.

⁴⁵⁸ Artt. 13, 32, Cost; 33 L. sanitaria n. 833/1978; 1 L. psichiatrica n. 480/78; 3 L. n. 219/05 sul sangue; 5 L. sull’AIDS n. 135/90; D.M. 1997 sulla sperimentazione farmacologica; 5 Conv. Di Oviedo; 3 Carta europea dei diritti. Si veda F. Mantovani, *op. cit.*, pag. 269 ss.

⁴⁵⁹ F. Mantovani, *op. cit.*, pag. 269 ss.

specifico, spontaneo, informato, ed altresì *personale*. Il principio personalistico si oppone, contro l'utilitarismo collettivistico o maggioritario, agli interventi extraconsensuali che da sempre vengono effettuati, secondo una temibile mentalità, dimentica che i poteri-doveri del medico trovano il fondamento primario nel consenso del paziente, mai sacrificabile per il progresso e la felicità dei più⁴⁶⁰. E, contro l'utilitarismo individualistico-edonistico, agli interventi consensuali, che superino i limiti oggettivi sopraelencati. Anche la c.d. "libertà di cura" non è diritto a qualsiasi trattamento, richiesto dal medico, ma libera scelta tra i soli trattamenti di documentata terapeuticità⁴⁶¹ o, comunque, con le garanzie ed i limiti delle sperimentazioni terapeutiche⁴⁶². Sul solo consenso del soggetto si fonda invece il trattamento *estetico puro*, di mera vanità, diverso quindi da quello estetico-terapeutico, che è scriminato nei limiti dell'art. 5 c.c. Sulla base dell'art. 51 c.p. e nei limiti suddetti è giustificato il trattamento medico-chirurgico come tale, cioè per le lesioni e sofferenze in cui si concreta⁴⁶³. Non certo, invece, l'esito infausto, poiché esso non rientra nella autorizzazione legislativa della attività del medico-chirurgo, ma anzi contrasta con la finalità di questa, che è quella di autorizzare le cure, non di far morire⁴⁶⁴. Il medico, se rispetta i suddetti limiti, oggettivi e soggettivi, va esente da ogni responsabilità, dolosa e colposa. Altrimenti risponderà: di omicidio o lesioni dolosi o colposi, se ha agito col consenso del paziente e tali eventi sono dovuti alla violazione doloso o colposa dei suddetti limiti oggettivi; dei reati *ex artt.* 605, 610, 613, qualora ne ricorrano gli estremi, se ha agito senza il consenso e l'esito è positivo⁴⁶⁵; di omicidio preterintenzionale, se ha agito senza il consenso e l'intervento, non consentito e non urgentemente necessario, ad esempio in occasione di altro intervento consentito, compori una lesione personale, da cui derivi la morte; o del reato dell'art. 586, se la morte è dovuta a delitto doloso, *ex artt.* 610 e 613⁴⁶⁶. Dunque, la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza di legittimità sono

⁴⁶⁰ F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.

⁴⁶¹ Ad esempio, tra intervento chirurgico meno invasivo, ma con minori prospettive terapeutiche, e intervento più invasivo e con maggiori prospettive terapeutiche. Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 269.

⁴⁶² Cass., 13/1/11, in *Cass. pen.*, 2011, per l'omicidio colposo in caso di intervento chirurgico consensuale, ma senza verosimili benefici per il paziente. Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.

⁴⁶³ F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.

⁴⁶⁴ F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.

⁴⁶⁵ Per il consenso informato quale presupposto della liceità dell'attività medica si veda: Cass., 14/2/06; 16/9/08 in *Cass. pen.*, 2009. Per la non identificazione del consenso con quello dell'art. 50 c.p. e per l'esistenza del delitto di lesioni anche nel caso di esito favorevole, in assenza del consenso si veda: Cass., 11/7/01, in *Cass. pen.*, 2002. Sulle mutevoli posizioni giurisprudenziali: Marzano, "Trattamento sanitario in assenza del consenso del paziente", in *Cass. pen.*, 2007; S. Riondato, "Consenso e responsabilità penale in ambito medico-sanitario", in *Scritti Marini*, Napoli, 2010. Si veda F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.

⁴⁶⁶ F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.

pervenute, con riferimento all'attività del medico, in particolare del chirurgo, alla non ammissibilità ed utilità del ricorso alle scriminanti atipiche, quali il c.d. stato di necessità generalizzato o la non meglio definita "scriminante medica", equiparabile alla "scriminante sportiva" e fondata sulla "accettazione del rischio consentito", dal momento che la condotta del medico non assume rilevanza penale già sul piano della tipicità, ferma la responsabilità del sanitario allorché agisca in violazione delle cc.dd. *leges artis*, incorrendo in colpa⁴⁶⁷.

⁴⁶⁷ F. Mantovani, op. cit., pag. 269 ss.; F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 450 ss.

CAPITOLO II

IL “CONSENSO” QUALE FONDAIMENTO DEL RAPPORTO MEDICO-PAZIENTE

1. L'EVOLUZIONE DEL RAPPORTO MEDICO-PAZIENTE: INTRODUZIONE STORICA

Per capire il significato ed il ruolo del consenso (“informato”, e non solo) – nel precedente capitolo presentato come causa di giustificazione “tacita”, ma che in questa *sedes materiae* merita una qualificazione e caratterizzazione ulteriore, rivelatrici della sua natura particolare ed atipica, per certi versi, come fondamento della relazione tra sanitario e paziente – si deve risalire alla sua origine filosofico-religiosa⁴⁶⁸. Il concetto che l’operato del medico dovesse essere approvato dal malato è documentato in scritti che risalgono alla civiltà egiziana ed a quella greco-romana⁴⁶⁹. Già nelle Leggi di Platone si intravedono due principi su cui si deve fondare l’attività del medico e che sembrano essere l’uno il completamento dell’altro: il principio di “beneficialità”, in virtù del quale egli deve agire per il bene del malato, e quello di “consensualità”, che comporta il rispetto della sua autonomia. Il filosofo greco chiarisce il modo, anche, in cui devono interagire questi due valori: il medico “segue il decorso del morbo, lo inquadra fin dall’inizio (...) informa della diagnosi lo stesso malato ed i suoi cari e, così facendo, nel medesimo tempo impara qualcosa dal paziente e, per quanto gli riesce, gli insegna anche qualcosa⁴⁷⁰. A tale scopo egli non farà alcuna prescrizione prima di averlo in qualche modo convinto, ma cercherà di portare a termine la sua missione che è quella di risanarlo, ogni volta preparandolo e predisponendolo con un’opera di convincimento”⁴⁷¹. Dunque, il criterio del convincimento è relativo perché deve lasciar spazio al principio dell’autonomia del malato, cui spetta la decisione finale sulle terapie

⁴⁶⁸ G. M. Vergallo, “*Il rapporto medico-paziente*”, Milano, 2007, pag. 3 ss.

⁴⁶⁹ G. M. Vergallo, op. cit., pag. 3 ss.

⁴⁷⁰ G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁴⁷¹ Platone, “*Le leggi*”, libro IV, riteneva preferibile il medico che “comunicando con lo stesso ammalato e con i suoi amici, apprende a un tempo egli stesso qualcosa da parte del sofferente e istruisce, per quanto gli è possibile, l’infermo”, e che “procurando sempre di render mite e docile l’infermo per via della sua persuasione, cerca di raggiungere lo scopo di restituirlo in salute”. F. Pascual, “*Platone, maestro di bioetica?*”, in *Med. Mor.*, 2000. Si veda G. M. Vergallo, “*Il rapporto medico-paziente*”, Milano, 2007, pag. 3 ss.

da seguire per conservare la sua salute⁴⁷². Il rapporto medico-paziente⁴⁷³ è stato oggetto di riflessione anche per Ippocrate di Cos, secondo il quale il medico deve avere “due scopi, giovare e non essere di danno”⁴⁷⁴. Quindi, deve esercitare la sua arte con animo altruistico, interpretando, secondo coscienza, il bene del malato, il quale, a sua volta, beneficia dell’attività del medico, subendola⁴⁷⁵, ma anche cercare la collaborazione del paziente per combattere meglio la malattia, anticipando, quindi, di secoli l’attuale “alleanza terapeutica”. Un altro aspetto viene evidenziato dagli storici: essi vedono nel medico ippocratico una figura che si preoccupa della salute del malato, ma nello stesso tempo cerca di non essere coinvolto nell’eventualità che la “cura” non si riveli efficace ed il paziente muoia. Già in questa fase è possibile individuare le motivazioni e le ragioni che hanno dato luogo alla “medicina difensiva”⁴⁷⁶. Infatti, nel “*Prognostico*” Ippocrate ricorda che una corretta diagnosi è utile alla cura del malato, ma lo è anche per il medico, che, da un lato deve assicurarsi la fiducia del paziente, dall’altro deve prevenire eventuali accuse in caso di esito infausto. Naturalmente, il concetto di consenso non esiste, tuttavia traspare la necessità di un’informazione precauzionale e preventiva⁴⁷⁷. Già ai tempi di Alessandro Magno e dei bizantini, prima di intraprendere un’operazione difficoltosa, il medico era solito chiedere l’assenso del paziente, soprattutto se potente e facoltoso, con lo scopo di tutelare non soltanto l’ammalato, ma anche se stesso⁴⁷⁸. Continuando nella tradizione ippocratica, il rapporto tra medico e paziente si è consolidato nei secoli su due precisi criteri: da un lato, il dovere del medico

⁴⁷² Il rapporto medico-paziente era condizionato dallo *status* sociale dell’ammalato, che distingue tra cittadini liberi e schiavi. I primi ricevono la cura dei medici veri, mentre gli schiavi sono curati dagli “imitatori”, cioè da coloro che, senza conoscenze tecniche, imitano i medici esperti. G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁴⁷³ A. Santosuosso, “*Il consenso informato. Tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*”, Milano, 1996, 100 ss. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁴⁷⁴ Ippocrate, “*Epidemie*”. Un concetto analogo esprime anche nell’ “*Arte*”, un trattato scritto nello stesso periodo nel quale Ippocrate prevede la necessità di un’autoregolamentazione in grado di attenuare o eliminare inconvenienti professionali dei medici: “Innanzitutto definirò ciò che ritengo sia la medicina (...) liberare i malati dalla sofferenza, contenere la violenza della malattia e non curare chi è ormai sopraffatto dal male, sapendo che questo non può farlo la medicina”. G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁴⁷⁵ Da qui deriva il termine “paziente”. Paziente non è soltanto colui che sopporta la sofferenza, ma è anche colui che subisce passivamente l’azione altrui (“*patiens*” è il participio presente del verbo “*patior*”). Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁴⁷⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁴⁷⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁴⁷⁸ Gli storici hanno tramandato due episodi entrambi riferiti ad Alessandro Magno. Egli aveva bisogno di cure mediche ma i medici erano timorosi di intraprendere qualsiasi terapia, temendone la reazione in caso di esito sfavorevole. Iniziarono la cura solo dopo che l’imperatore aveva confermato loro la sua fiducia e ne aveva garantito l’immunità. Questi due episodi consentono di mettere in evidenza l’importanza della collocazione nella società del malato, di solito alta e di rilievo rispetto a quella fortemente subalterna del medico. Infatti, in quel periodo la relazione tra chi praticava la medicina e coloro che ne richiedevano la prestazione veniva direttamente a correlarsi con il rispettivo ceto sociale. V. Mallardi, “*Le origini del consenso informato*”, in “*Acta Otorhinolaryng*”, Ancona, 2005. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

di curare bene l'ammalato; dall'altro, l'obbligo del paziente di rimettersi completamente e passivamente alle scelte del medico, le uniche vantaggiose per la sua salute⁴⁷⁹. Questa concezione della medicina e della pratica medica si è consolidata durante il cristianesimo e soprattutto nel periodo medioevale. Il dottore, infatti, si forma nelle università e anche in virtù della sua "dottrina" sa perfettamente quale sia il bene per il paziente che, dal canto suo, si fa curare ma non chiede chiarimenti sul trattamento né sulle azioni terapeutiche⁴⁸⁰, accettando l'ineluttabilità della malattia e della morte. Pertanto, il medico, investito dell'autorità che derivava dalla sua professione, aveva un preciso dovere di guidare, secondo scienza e coscienza, il malato, di decidere e di scegliere per lui⁴⁸¹. Tale concezione del rapporto tra medico e paziente è definita paternalistica per l'atteggiamento del paziente che si affidava ciecamente alle mani del medico, il quale, in totale autonomia, decideva nell'interesse e per il bene del malato, sostituendo la propria volontà a quella del paziente stesso in maniera totalmente legittima, quindi anche esente da ogni punibilità⁴⁸². Una volta che il paziente aveva scelto il medico da cui farsi curare sulla base di un consenso generico e non di una proposta terapeutica, sorgeva in capo al sanitario l'obbligo di curare il proprio assistito con ogni mezzo⁴⁸³. Tuttavia, la dottrina considera ingiusto etichettare con il termine "paternalismo" un'intera e plurimillennaria fase della medicina, connotata da sentimenti di umana e rispettosa fratellanza e solidarietà⁴⁸⁴. Del resto, la tendenza dei medici di eseguire le terapie senza prima informare il paziente era espressione sia della medicina del tempo, nella quale il problema del rapporto tra i rischi ed i benefici dei vari trattamenti non era certo all'ordine del giorno, sia della società di allora, nella quale la

⁴⁷⁹ G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁴⁸⁰ Emblematico, al riguardo, è il comportamento dei sanitari descritto da Tolstoj nella morte di Ivan Il'ic. Ivan è affetto da una malattia molto grave e chiama al suo capezzale vari medici che finiscono per adottare una condotta che può essere definita con il termine di "paternalismo giovanile", in quanto trattano il malato come un bambino: prescrivono la terapia e benevolmente spiegano che, seguendola, tutto si può aggiustare, ma non informano il paziente sul suo effettivo stato di salute né gli comunicano la cattiva prognosi. L. Tolstoj, "La morte di Ivan Il'ic", in "Racconti", Milano, 2014. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁴⁸¹ G. Corbelli, "Breve storia delle idee di salute e malattia", Roma, 2004, 50 ss. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁴⁸² G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁴⁸³ F. Ruggiero, "Il consenso dell'avente diritto nel trattamento medico-chirurgico: prospettive di riforma", in *Riv. It. Med. Leg.*, 1996. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁴⁸⁴ A. Fiori, in "Evoluzione del contenzioso per responsabilità medica", in AA.VV., "Il rischio in medicina oggi e la responsabilità professionale", Milano, 2000, 186 ss., evidenzia l'esigenza di distinguere l'atteggiamento paterno da quello paternalistico, che, consistendo in "arrogante supponenza (...) scarsa capacità di comunicazione", ed "imposizione di verità e di comportamenti in un momento in cui il richiedente è in una condizione di bisogno, e quindi di inferiorità", è il solo a dover essere ripudiato, mentre dal plurimillenario passato della medicina devono "essere recuperati proprio quello spirito, e quella pratica, che si richiama alla fraterna, ed anche alla paterna-materna solidarietà con i pazienti, ed anche con i congiunti che soffrono con loro". Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

diffusa mancanza di istruzione e la breve durata della vita media impedivano di sentire come questioni sociali la libertà di scelta consapevole ed il rifiuto delle cure. Infatti, vigeva il principio per il quale “la scienza non si sottopone a giudizio” e, quindi, “non si condannano i medici che operano in suo nome”⁴⁸⁵. Proprio in forza di esso, alcuni paesi hanno sviluppato una politica di sperimentazione selvaggia anche all’insaputa delle ignare cavie. Era, quindi, convincimento giuridico, oltre che sociale, che affidarsi ad un medico comportasse la preventiva accettazione di quelle determinazioni che lo stesso medico avrebbe poi preso, le quali, proprio perché decise dal medico, nella sua indiscussa discrezionalità, erano conformi all’interesse del paziente⁴⁸⁶.

1.1 L’origine americana del consenso

Da quanto discusso brevemente, appare evidente come l’adesione del malato alle scelte del medico non possa essere equiparata all’attuale concetto di consenso informato, i cui albori, invece, possono essere rintracciati⁴⁸⁷ in alcuni processi che si sono celebrati negli Stati Uniti a partire dalla fine del ‘700 e che per la prima volta, in maniera organica, affrontano problematiche di grande attualità, come l’importanza giuridica della differenziazione tra un contenzioso promosso in relazione ad un consenso comunque difettoso⁴⁸⁸, il c.d. vizio del consenso, e quello basato su una incompleta o errata informazione, il c.d. vizio di informazione, la quale rappresenta il fondamento ed il presupposto irrevocabile per giungere al consenso stesso⁴⁸⁹. In un processo del 1905 i

⁴⁸⁵ G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁴⁸⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁴⁸⁷ V. Mallari, “*Le origini del consenso informato*”, op. cit. G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁴⁸⁸ Il riferimento è al “caso Slater” del 1767. Il paziente si era lamentato del comportamento dei medici, i quali, dopo aver rimosso le fasciature da una gamba fratturata, essendosi accorti che la frattura si era ricomposta solo parzialmente, avevano deliberatamente e senza il consenso proceduto a rifrattare l’arto, allo scopo di tentare una successiva e definitiva riduzione, ed a bloccarlo con una imbracatura sperimentale. I medici vennero condannati sia per aver agito con negligenza ed imperizia sia perché la soluzione di fratturare nuovamente la gamba del paziente era stata eseguita senza il consenso del malato. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁴⁸⁹ La problematica dell’interdipendenza tra “consenso” ed “informazione” emerge nel “caso Carpenter”. Il medico aveva curato la slogatura di un gomito con tecniche che egli riteneva innovative; i giudici, invece, gli addebitarono l’insuccesso dell’intervento perché aveva adottato una condotta negligente e non aveva informato il paziente sulle precauzioni da adottare né sulle indicazioni da osservare durante la convalescenza. In più il consenso era fortemente viziato (“*The misrepresentation vitiated the consent*”)

giudici ebbero ad affermare che “il primo e più nobile diritto di ogni libero cittadino, fondamento di tutti gli altri, è il diritto sulla propria persona, “*the right to himself*”, universalmente riconosciuto; questo diritto vieta rigorosamente al medico ed al chirurgo, per quanto esperto e di chiara fama, di violare a suo arbitrio l’integrità fisica del suo paziente con una operazione più ampia e/o diversa rispetto a quella programmata, intervenendo sul malato sotto anestesia senza il suo consenso”⁴⁹⁰. La Corte concluse che il medico non aveva libera licenza rispetto all’intervento chirurgico predisposto, mentre dalla mera circostanza che il paziente si era affidato alla competenza medica non poteva evincersi un implicito consenso a qualsivoglia trattamento chirurgico, rispetto al quale era sempre necessario un consenso specifico ed esplicito⁴⁹¹. È significativo notare che nella sentenza si afferma che un valido consenso richiede la preventiva conoscenza da parte del paziente dei pericoli e dei rischi insiti nella terapia, ma non si fa alcun cenno al diritto all’autodeterminazione o all’autonomia del malato, “*self-determination*” o “*autonomy*”, bensì a un diritto su sé stesso⁴⁹². La svolta avviene con il processo noto come il “caso Schoendorff” del 1914⁴⁹³, durante il quale il giudice Beniamino Cardozo, chiamato a pronunciarsi sulla vicenda, predispose il criterio della “*self-determination*”, in base al quale “*Ogni essere umano adulto e capace ha il diritto di determinare cosa debba essere fatto con il suo corpo; un chirurgo che esegue un’operazione senza il consenso del paziente commette una violenza personale, per la quale risponderà dei danni*”⁴⁹⁴. Tale principio, destinato a diventare un concetto guida nella gestione del rapporto tra medico e paziente, è oggi trasfuso in Italia con la locuzione “principio di autodeterminazione”, che ribadisce la regola secondo cui, da un lato, l’individuo malato ha il diritto di salvaguardare e di tutelare l’inviolabilità della propria persona scegliendo il trattamento chirurgico, e dall’altro, il disattendere questo diritto configura, anche se l’intervento si conclude con

dalle imprudenti, incaute, probabilmente ingannevoli assicurazioni sulla sicura e soddisfacente risoluzione della malattia. G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁴⁹⁰ Questo è il processo della “signora Mohr”, nel 1905, la quale cita in giudizio il medico che aveva ottenuto il consenso per operare l’orecchio destro, affetto da un’otite cronica, anche sull’orecchio sinistro. Non fu solo l’esito negativo dei due interventi a spingere la paziente alla citazione in giudizio del medico, ma il fatto che costui non aveva chiesto il dovuto consenso”. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁴⁹¹ “... *the physician has no free license respecting surgical operations (...) Express consent to a particular surgery is required*”). Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁴⁹² G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁴⁹³ Il paziente aveva programmato con il medico l’esame in anestesia dell’addome con la specifica richiesta di non intervenire chirurgicamente. Il medico, invece, nella presunta convinzione di agire per il bene del paziente, rimosse un fibroma. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁴⁹⁴ “*Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient’s consent commits an assault, for which he is liable in damages*”. G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

esito favorevole, una violenza arbitraria ed ingiusta sul malato⁴⁹⁵. Circa trentacinque anni dopo si verifica un'ulteriore ed importante svolta dottrinale: la comunità internazionale prende coscienza dei gravi interrogativi posti sul piano etico dai progressi della medicina, a partire dalle sperimentazioni sull'uomo. Dalla riflessione sulle atrocità commesse nei campi di sterminio e di concentramento emerge la necessità di distinguere tra la sperimentazione lecita e l'attività che si avvicina più alla tortura⁴⁹⁶. A Norimberga, il 19 dicembre 1946, si celebra davanti ad un tribunale militare composto solo da magistrati statunitensi il processo ai medici nazisti. Nella sentenza dell'ottobre 1947 i giudici stilano un documento, noto come codice di Norimberga, che all'art. 1 recita: "È assolutamente necessario il consenso volontario del soggetto umano"⁴⁹⁷. Ciò presuppone che la persona abbia la capacità legale di dare il consenso; sia in condizioni di esercitare il libero potere di scelta senza l'intervento di alcun elemento di forza, frode, inganno, costrizione, sopraffazione, o altra ulteriore forma di costrizione o coercizione ed abbia sufficiente conoscenza e comprensione degli elementi dell'esperienza, tanto da essere in grado di prendere una consapevole ed illuminata decisione⁴⁹⁸. Quest'ultimo elemento richiede che prima di formulare una positiva decisione, il soggetto deve essere edotto sulla natura e sui fini dell'esperimento, sul metodo ed i mezzi con i quali esso sta per essere condotto, su tutti gli inconvenienti e pericoli ragionevolmente prevedibili e sugli effetti nei riguardi della salute che possono derivare dalla sua partecipazione all'esperimento. Il dovere e la responsabilità di constatare la validità del consenso pesano su chiunque inizia, dirige o è implicato nell'esperimento"⁴⁹⁹. Il Codice di Norimberga, quindi, contiene una visione della ricerca e della tecnologia medica molto chiara: la scienza non deve mai trasformare la persona in uno strumento utilizzato per raggiungere solo scopi scientifici e contiene anche l'esigenza di legittimare le prestazioni mediche attraverso la pratica del consenso informato⁵⁰⁰. Da quel momento, il principio del consenso, supportato da idonee garanzie relative all'informazione sull'operazione, è stato trasferito nel rapporto tra medico e paziente, marcando il passaggio dal "paternalismo" medico al principio

⁴⁹⁵ G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁴⁹⁶ AA.VV., *"The Nazi doctors and the Nuremberg code: human rights in human experimentation"*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1992; A. Santosuosso, *"Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza"*, Milano, 2001, 100 ss., il quale rileva come proprio la Germania già nel 1931 aveva emanato circolari che stabilivano i criteri per distinguere i trattamenti terapeutici da quelli sperimentali, entrambi da effettuarsi con consenso informato di chi vi si sottoponeva. G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁴⁹⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁴⁹⁸ G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁴⁹⁹ A. Santosuosso, *"Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza"*, op. cit.; G. M. Vergallo, op. cit., 3.

⁵⁰⁰ G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

dell'autodeterminazione del paziente. La prima affermazione giudiziaria del principio del "consenso informato" è sancita nel 1957 dal caso *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees* ad opera della Corte dello Stato della California, che fonda l'affermazione di responsabilità del sanitario sulla carenza informazione fornita circa l'atto da eseguire e sulla conseguente inefficacia del consenso prestato dal paziente⁵⁰¹. Durante l'esecuzione di un'arteriografia su un soggetto affetto da vasculopatia, il chirurgo omette di avvertire il paziente delle possibili complicanze, poi verificatesi, connesse all'uso di un mezzo di contrasto necessario per l'esecuzione dell'accertamento invasivo⁵⁰². Nonostante alcuna censura venga mossa circa il rispetto delle regole dell'arte nell'esecuzione dell'atto in sé, il chirurgo viene condannato per essere venuto meno al dovere di illustrare "*any facts which are necessary to form the basis of an intelligent consent by the patient to proposed treatment*", violando così il diritto all'autodeterminazione del paziente stesso⁵⁰³. I magistrati statunitensi con questa sentenza sottolineano che l'obbligo di informazione al fine di ottenere un adeguato e consapevole consenso, definito con il termine "*intelligent consent*", si deve tassativamente estendere non solo agli eventuali e probabili pericoli legati al tipo di prestazione proposta, ma anche alle possibili terapie alternative che in concreto possono essere scelte ed effettuate⁵⁰⁴. Il tribunale, a differenza delle modalità procedurali impiegate dai giudici che avevano esaminato i casi ricordati, pone l'accento sull'entità e sulla qualità dell'informazione che deve precedere l'acquisizione del consenso, introducendo così un nuovo elemento giuridico oggettivo da considerare come fattore indipendente⁵⁰⁵. Quindi, in termini espliciti, i giudici affermano che il consenso deve essere preceduto dall'informazione del paziente, quale condizione di validità del consenso stesso. Il "*consent*", diviene, pertanto, "*informed consent*"⁵⁰⁶. A differenza delle precedenti decisioni, la Corte non si limita ad accertare la sussistenza o meno di un effettivo consenso del paziente alle terapie proposte, ma concentra la sua attenzione proprio sulla presenza di un consenso informato al momento in cui viene prestato, introducendo, così, un nuovo elemento giuridico⁵⁰⁷. Inoltre, i giudici, per la prima volta, unificano le due teorie della responsabilità medica fondate sul consenso: la richiesta del consenso come un aspetto della diligenza medica, "*good medical care*"; ed il consenso

⁵⁰¹ G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁵⁰² G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁵⁰³ G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁵⁰⁴ V. Mallardi, "*Le origini del consenso informato*", op. cit.; G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁵⁰⁵ G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁵⁰⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁵⁰⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

inteso come dovere di rispettare l'autonomia del paziente, “*duty to respecting*”⁵⁰⁸. Quest'orientamento si consolida in tre decisioni successive, il “caso Grey” del 1966, il “caso Berkey” del 1969, ed il “caso Cooper” del 1971, relativi ad interventi praticati senza che il paziente fosse informato dei rischi collegati all'intervento chirurgico⁵⁰⁹: i giudici statunitensi censurano l'operato dei medici basandosi sul presupposto che la relazione di cura si caratterizza per il carattere fiduciario del rapporto medico-paziente, per cui il medico ha l'obbligo di far conoscere al suo assistito le caratteristiche della malattia con una chiara e puntuale informazione, il “*duty of full disclosure*”. Negli Stati Uniti il dibattito bioetico sul consenso informato è un dibattito ancora aperto⁵¹⁰. Vi sono numerose e diverse definizioni nelle leggi e negli standard giudiziari dei vari Stati: alcune pongono l'accento sul fatto che il consenso è una determinazione e quindi un'azione autonoma del paziente; altre, invece lo considerano un coinvolgimento del paziente, ottenuto secondo una procedura legale⁵¹¹. Tutte, però, evidenziano l'importanza dell'informazione, che assolve il compito non solo di rendere edotto il paziente sui vantaggi e sui possibili rischi della terapia, ma anche di tranquillizzarlo psicologicamente e di dargli “*security*” e “*satisfaction*”⁵¹². Il problema diventa, quindi, come comunicare con i pazienti⁵¹³. Al riguardo, è necessario precisare che mancano soluzioni univoche sul fronte dei rapporti tra comunicazione e informazione. In proposito, acuta dottrina ha precisato che “l'affermazione formale, secondo la quale il “*consent*” deve necessariamente essere “*informed*”, non fa che spostare la controversia da “se” informare il “paziente” a quale informazione dare⁵¹⁴. Al centro della discussione si collocano così lo standard di informazione richiesta e la possibilità che in casi specifici sia giustificata la riduzione o l'esclusione dell'obbligo di informazione o una sua particolare configurazione che ne riduca la portata innovativa”⁵¹⁵. Partendo dal principio dell’ “*informed consent*”, la giurisprudenza americana è approdata, quale logico corollario dello stesso, al pieno riconoscimento del “*right to die*”, ovvero del diritto del paziente di rifiutare i trattamenti sanitari, anche se “*life saving*”⁵¹⁶. Il dibattito ha preso le mosse dai casi giudiziari, dal caso Quinlan, del 1976, e dal caso Cruzan, del

⁵⁰⁸ G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁵⁰⁹ Descritti in V. Mallardi, “*Le origini del consenso informato*”, op. cit.; G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁵¹⁰ G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁵¹¹ G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁵¹² G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁵¹³ G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁵¹⁴ G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁵¹⁵ A. Santosuosso, “*Il consenso informato tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*”, Milano, 1996, 70 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁵¹⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

1990, che ha visto la Corte Suprema Federale pronunciarsi sul “*right to die*”, enunciando il principio in base al quale la scelta del paziente di rifiutare le cure “*life saving*” è strettamente personale, o “*deeply personal decision*”, e, se il malato è *compos sui*, la sua volontà deve essere rispettata⁵¹⁷. A tal riguardo, importante è ricordare il caso di Terry Schiavo, la donna in coma che per quindici anni aveva continuato ad avere una vita vegetativa grazie ad una gastrostomia che la alimentava, caso per il quale il Presidente degli Stati Uniti, per garantirle una assistenza meccanica, aveva firmato d’urgenza una legge da affidare all’interpretazione della Corte della Florida⁵¹⁸.

1.2 L’approdo del consenso informato in Italia

In Italia, la progressiva acquisizione del consenso informato come principio del rapporto tra il medico ed il paziente ha portato al suo inserimento in numerose fonti normative, sia comunitarie⁵¹⁹ che interne⁵²⁰. La Corte Costituzionale, peraltro, ha chiarito che la disciplina degli atti di disposizione del proprio corpo, rientrando nella più generale materia dell’ordinamento civile, è riservata alla legislazione esclusiva dello Stato *ex art.* 117, comma 2, lett. l)⁵²¹. Agli inizi degli anni Novanta nel nostro Paese si assiste ad una serie di vicende giudiziarie per responsabilità medica, nelle quali la giurisprudenza non ha mancato di valorizzare l’importanza del consenso informato per tutelare l’autonomia

⁵¹⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁵¹⁸ G. M. Vergallo, op. cit., 3 ss.

⁵¹⁹ L’art. 63 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, ratificata dall’Italia con la legge 7 aprile del 2005, n. 57, che afferma che “Nell’ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: a) il libero consenso ed informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge”; G. M. Vergallo, op. cit., pag. 12 ss.

⁵²⁰ La normativa interna, se si esclude quella di rilevanza prettamente deontologica, è fatta di singole leggi speciali relativi ad atti medici particolari, oltre alla generica previsione contenuta nell’art. 33, comma 1, della legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale n. 833/1978. Tra le più significative: la legge n. 458/1967, sul trapianto di rene da vivente, la legge n. 483/1999, sul trapianto parziale di fegato, la legge n. 194 del 1978, sull’interruzione volontaria della gravidanza, la legge n. 1647/1978, sulla rettificazione di sesso, la legge 40 del 2004, sulla procreazione medicalmente assistita. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., pag. 12 ss.

⁵²¹ La Corte Costituzionale, con sentenza numero 253 del 2006 ha appunto per violazione dell’area di competenza esclusiva della legislazione statale, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l’art. 7, comma 5, della legge della Regione Toscana 15 novembre del 2004, n. 63, recante “Norme contro le discriminazioni determinate dall’orientamento sessuale o dall’identità di genere”, secondo cui “La richiesta di un trattamento sanitario, che abbia ad oggetto la modificazione dell’orientamento sessuale o dell’identità di genere per persona maggiore degli anni diciotto, deve provenire personalmente dall’interessato, il quale deve preventivamente ricevere un’adeguata informazione in ordine allo scopo e natura dell’intervento, alle sue conseguenze ed ai suoi rischi”. G. M. Vergallo, op. cit., pag. 12 ss.

del paziente in ogni scelta che riguarda la cura della sua persona, “visto che senza informazione adeguata e rispettosa del paziente e, dunque, anche dei suoi limiti culturali e delle sue umanissime paure di fronte all’atto medico, questi non è più persona, ma oggetto di esperimento o di un’attività professionale che trascura il fattore umano su cui interviene, dequalificando il paziente stesso da persona a cosa”⁵²². L’evoluzione culturale a cui si è accennato ha trovato riscontro nei codici deontologici, passando dalla formulazione dell’art. 30 del codice di deontologia medica del 1978, secondo il quale “una prognosi grave o infausta può essere tenuta nascosta al malato ma non alla famiglia”, a quella dell’art. 40 del codice del 1989, da cui emerge che “il medico non può intraprendere alcuna attività diagnostico terapeutica senza il valido consenso del paziente, che se sostanzialmente implicito nel rapporto di fiducia, deve essere invece consapevole ed esplicito allorché l’atto medico comporta rischio o permanente riduzione dell’integrità fisica”, alla versione del 1995⁵²³, il cui articolo 31 stabiliva che “il medico non deve intraprendere attività diagnostica e terapeutica senza il consenso del paziente validamente informato”, fino al codice del 1998 che valorizza l’elemento dell’informazione e dell’autonomia e costituisce la base del vigente testo deontologico, nel quale è stata accentuata la rilevanza delle direttive anticipate⁵²⁴. Il passaggio alla fase dell’autonomia ha trovato nel nostro Paese il proprio necessario presupposto normativo con l’entrata in vigore della Costituzione repubblicana, la quale stabilisce all’art. 32, comma 2, che “*Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana*”⁵²⁵. Così, è progressivamente maturata la consapevolezza che, poiché l’atto medico si compie sulla persona e nell’interesse del paziente, solo quest’ultimo può decidere, operando un bilanciamento fondato su valutazioni religiose, esistenziali ed etiche intimamente legate al suo modo di essere, se e quali strade privilegiare tra quelle offerte dalla scienza medica⁵²⁶. Ogni terapia, chirurgica o farmacologica che sia, presenta un costo in termini di effetti collaterali, sofferenze, mutilazioni, ed è soltanto colui che questo costo deve sostenere a decidere se esso è preferibile alla malattia. Dunque, l’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale è giunta a riconoscere alla persona la possibilità di gestire la salute del proprio corpo e di

⁵²² Trib. Genova, 10 gennaio 2006, in *Foro It.*; Comitato Nazionale per la Bioetica, “*Informazione e consenso all’atto medico*”. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., pag. 12 ss.

⁵²³ G. M. Vergallo, op. cit., pag. 12 ss.

⁵²⁴ G. M. Vergallo, op. cit., 12 ss.

⁵²⁵ G. M. Vergallo, op. cit., 12 ss.

⁵²⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 12 ss.

tutelarsi rispetto alle ingerenze di terzi nella scelta delle cure da effettuare⁵²⁷. Quindi, da un lato, il medico dovrà prospettare al malato le cure più appropriate alla sua malattia, dall'altro, il malato avrà la libertà decisionale di scegliere a quale trattamento sottoporsi o rifiutarli tutti, in considerazione del fatto che la salute è un diritto e non un obbligo⁵²⁸. Da quest'impostazione paternalistica, il rapporto tra professionista e malato è passato ad una concezione basata sul principio di autonomia, dal greco "autos", cioè sé, e "nomos", cioè regola, governo, che impone al medico sia di informare i pazienti per metterli in condizione di decidere consapevolmente in ordine alla propria salute, sia di rispettare la loro scelta autonoma, ossia la decisione libera in quanto non condizionata da altrui influenze di controllo, e presa da un soggetto capace di scegliere e di comprendere tutti gli elementi della situazione e le conseguenze della propria volontà⁵²⁹. Tuttavia, l'art. 32, comma 2, Cost. sarebbe rimasto un presupposto astratto e non avrebbe potuto portare alle attuali conseguenze del consenso informato sia nella quotidiana pratica clinica, sia nei Tribunali, senza l'evoluzione scientifico-tecnologica della medicina. Tale fase, iniziata negli U.S.A. dopo il 1945, ha aumentato il numero delle prestazioni diagnostico-terapeutiche, migliorandone l'efficacia e permettendo addirittura di scegliere tra differenti tecniche e metodiche per il trattamento di una medesima patologia. Quando la medicina aveva risorse che le consentivano solo di fare un tentativo per salvare la vita del malato, costui non poteva certo pensare di chiedere al medico di essere informato sulla sua malattia e di scegliere la cura⁵³⁰. Invece, da quando l'evoluzione scientifica e tecnologica ha consentito a tutti di accedere a terapie innovative capaci non solo di evitare la morte, ma anche di rispondere ad esigenze sempre più voluttuarie della persona, tanto da sfociare nella c.d. "medicina dei desideri", la tutela della libertà di autodeterminazione del paziente è diventata parte integrante delle prestazioni mediche⁵³¹. Questo ha determinato un diverso atteggiamento nel paziente, che non si rivolge più al medico con lo stato d'animo di chi gli si affida nella speranza che sia capace di guarirlo, ma gli si pone di fronte come un cliente che pretende da un professionista l'erogazione del miglior servizio possibile⁵³². La medicina attuale non si preoccupa solo di curare il malato, ma ambisce, anche con alte percentuali di successo, di ottimizzarne il benessere, recuperandolo alla pienezza delle sue funzioni

⁵²⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 12 ss.

⁵²⁸ G. M. Vergallo, op. cit., 12 ss.

⁵²⁹ G. M. Vergallo, op. cit., 12 ss.

⁵³⁰ G. M. Vergallo, op. cit., 12 ss.

⁵³¹ G. M. Vergallo, op. cit., 12 ss.

⁵³² M. Franzoni, "Fatti illeciti", Bologna, 2004. G. M. Vergallo, op. cit., pag. 12 ss.

tramite interventi sempre meno invasivi e sempre più efficaci⁵³³. Sono entrati a far parte della quotidianità interventi, inoltre, con finalità meramente estetica e non anche funzionale, perciò privi di beneficio per l'integrità fisica e rivolti solo a realizzare i desideri del singolo paziente, ossia la sua personale concezione del benessere. Tutto ciò ha inevitabilmente accresciuto le aspettative della collettività nei confronti delle prestazioni sanitarie⁵³⁴. Parallelamente a questo progresso di conoscenze scientifiche e tecnologiche, la società ha vissuto un'evoluzione culturale che ha elevato il livello medio di consapevolezza della persona sui problemi di pubblico interesse, ed in particolare sul tema della salute, specie grazie ai mezzi di comunicazione che non mancano di aggiornare sulle nuove frontiere di ogni terapia, ingenerando, talvolta, anche sproporzionate aspettative. In sostanza, rispetto alla prima metà del Novecento, la moderna medicina opera su pazienti molto più esigenti ed informati⁵³⁵. Quindi, anche la pratica clinica deve adeguarsi a questa informazione. Paradossalmente, però, proprio in concomitanza con la valorizzazione dell'autonomia del paziente, si è assistito ad un allentamento del rapporto diadico dottore-paziente sotto il profilo umano, determinato da vari fattori: l'invasione dell'elemento meccanico e tecnologico nella prestazione diagnostico-terapeutica, l'aumento sia del numero di pazienti, sia dell'attività da svolgere in *équipe*, che comporta l'intervento di più medici, ciascuno con la propria competenza, senza che sia possibile stabilire, nel breve tempo concesso, un autentico rapporto umano⁵³⁶. Questi cambiamenti hanno costretto il medico a valutare nei rapporti con i suoi pazienti una serie di variabili più complesse che in passato. Egli è tenuto ad operare per il bene del paziente, ma deve essere in grado di comprendere quale sia il vero bene per lui; quindi, non può più sottrarsi dal comunicargli le informazioni sullo stato di salute. Conseguentemente, è sorta la difficoltà di stabilire il confine tra il dovere di curare ed il principio di autodeterminazione del paziente⁵³⁷. L'evoluzione della medicina in senso tecnologico ha influito anche sul costo della spesa sanitaria, aumentandolo in maniera esponenziale. In un primo momento questo problema non è stato considerato rilevante perché l'obiettivo prioritario era sempre e comunque l'interesse del paziente, per realizzare il quale era necessario consentirgli di usufruire di ogni prestazione e di scegliere tra i diversi trattamenti sanitari o metodi terapeutici che

⁵³³ G. M. Vergallo, op. cit., 12 ss.

⁵³⁴ G. M. Vergallo, op. cit., pag. 12 ss.

⁵³⁵ G. M. Vergallo, op. cit., 12 ss.

⁵³⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 12 ss.

⁵³⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 12 ss.

la medicina è in grado di mettere a disposizione⁵³⁸. La relazione medico-paziente, allora, si è posta come paritaria e basata su concetti di “alleanza terapeutica”, “autonomia del paziente” ed autodeterminazione, concetti che mettono al centro la figura del paziente, titolare di diritti e libero di scegliere e di consentire consapevolmente⁵³⁹. Tuttavia, a seguito dell’evoluzione scientifico-tecnologica, intorno al medico ed all’erogazione delle sue prestazioni hanno iniziato a ruotare interessi multipli che includono, il personale, l’organizzazione clinica, la gestione delle risorse, le compagnie di assicurazione, fino al mondo politico su cui converge la questione dei finanziamenti⁵⁴⁰. In questa prospettiva, la legislazione italiana più recente accentua il ruolo manageriale della professione medica, che implica relazioni plurime con il paziente, ma non certo diadiche né precipuamente umane, quanto piuttosto basate sulla valutazione dei costi⁵⁴¹. Indipendentemente dal tipo di sistema sanitario, che può essere fondato sulla globalità della copertura statale, oppure su sistemi mutualistico-assicurativi regolati dallo Stato, vi è una presa di coscienza generalizzata che le risorse destinate all’assistenza sanitaria dalle scelte di politica economica sono limitate⁵⁴². Il medico, nel sistema aziendale e di concorrenza, deve valutare quale sia il trattamento che soddisfa le esigenze di salute del paziente nell’ottica di ottimizzare l’uso delle risorse. Di conseguenza, la figura del paziente comincia ad assumere connotati prossimi a quella di un “cliente”⁵⁴³. In questo senso, la Corte costituzionale ha posto un punto fermo, che sembra ben difficile oltrepassare, affermando che “in presenza di limitatezza delle risorse e di riduzione delle disponibilità finanziarie accompagnate da esigenze di risanamento del bilancio nazionale, non è pensabile di poter spendere senza limite, avendo riguardo soltanto ai bisogni, quale ne sia la gravità e l’urgenza⁵⁴⁴; viceversa è la spesa a dover essere commisurata alle effettive disponibilità finanziarie, le quali condizionano la quantità ed il livello delle prestazioni sanitarie, da determinarsi previa valutazione delle priorità e compatibilità e tenuto conto delle fondamentali esigenze connesse alla tutela del diritto alla salute”⁵⁴⁵. Dunque, i principi costituzionali di uguaglianza e di tutela della salute, *ex artt. 2, 3 e 32 Cost.*, devono essere interpretati nel

⁵³⁸ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 12 ss.

⁵³⁹ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 12 ss.

⁵⁴⁰ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 12 ss.

⁵⁴¹ A. Fiori, “*Evoluzione del contenzioso per responsabilità medica*”, *op. cit.*, 186 ss.; G. M. Vergallo, *op. cit.*, 12 ss.

⁵⁴² G. M. Vergallo, *op. cit.*, 19 ss.; AA. VV., “*Problemi di responsabilità sanitaria*”, Milano, 2007, 110.

⁵⁴³ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 19 ss.

⁵⁴⁴ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 19 ss.; AA. VV., “*Problemi di responsabilità sanitaria*”, Milano, 2007, 110.

⁵⁴⁵ Corte Cost., n. 416 del 1995. Si veda G. M. Vergallo, *op. cit.*, 19 ss.; AA. VV., “*Problemi di responsabilità sanitaria*”, Milano, 2007, 110 ss.

senso che la tutela della salute è garantita dallo Stato, ma nei limiti delle risorse rese disponibili dalle leggi annuali di bilancio⁵⁴⁶.

2. IL CONSENSO INFORMATO COME REGOLA DEL RAPPORTO MEDICO-PAZIENTE

L'evoluzione del rapporto tra medico e paziente rileva sul piano culturale e deontologico, al quale il diritto non è estraneo: infatti "è alla norma giuridica che si chiede di consolidare e rendere effettiva questa evoluzione, anche attraverso l'allestimento di sanzioni per i comportamenti inosservanti del nuovo principio"⁵⁴⁷. Pertanto, è opportuno iniziare l'analisi partendo dai presupposti giuridici del consenso informato. È diffusa la convinzione che l'acquisizione del consenso informato è un obbligo professionale di rilevanza anche giuridica⁵⁴⁸. Tuttavia, sono ancora controversi sia gli effetti, sia il fondamento normativo di tale regola, questioni fondamentali la cui soluzione influenza gli ulteriori aspetti delle conseguenze sanzionatorie e della rilevanza del rifiuto opposto dal paziente⁵⁴⁹. Il consenso informato è un istituto giuridico destinato a costituire il fattore decisivo di innovazione e rifondazione sul piano culturale del rapporto medico-paziente come rapporto interpersonale in cui confrontano il principio di autolegittimazione del medico ed il principio di autodeterminazione del paziente: questi sono, in sintesi, i due poli che caratterizzano le due posizioni e che in un rapporto considerato in termini di giuridica rilevanza ne costituiscono l'unico aspetto di autentico equilibrio o, *rectius*, di tensione verso un possibile equilibrio⁵⁵⁰. L'obiettivo, in termini di qualità di contenuti culturali e giuridici, è quello della condivisione di un'esperienza che sia possibile desumere da una documentazione clinica che deve tendenzialmente evolvere a costituire non una cronaca di una malattia, ma la storia di un malato e di un

⁵⁴⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 19 ss.; AA. VV., "Problemi di responsabilità sanitaria", Milano, 2007, 110.

⁵⁴⁷ F. Giunta, "Il consenso informato all'atto del medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche", in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001; G. M. Vergallo, op. cit., 19 ss.

⁵⁴⁸ G. M. Vergallo, op. cit., 19 ss.; AA. VV., "Problemi di responsabilità sanitaria", Milano, 2007, 110.

⁵⁴⁹ G. M. Vergallo, op. cit., 19 ss.; AA. VV., "Problemi di responsabilità sanitaria", Milano, 2007, 110.

⁵⁵⁰ G. M. Vergallo, op. cit., 19 ss.; AA. VV., "Problemi di responsabilità sanitaria", Milano, 2007, 110.

rapporto umano in cui il valore e la dignità della persona, quella del medico e quella del paziente, assumono valenza speciale in un contesto drammatico⁵⁵¹. Il consenso informato, per iniziare *in medias res*, nell'ambito della medicina e chirurgia è stato formalmente riconosciuto come presidio per la tutela del diritto all'integrità fisica e psichica della persona nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nel testo approvato dal Consiglio Europeo di Nizza del 7-9 dicembre 2000⁵⁵² e dunque, dopo i primi due articoli dedicati alla dignità umana e al diritto alla vita, si afferma all'art. 3 in termini assoluti e di primato il "diritto all'integrità della persona": "*1. Ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica. / 2. Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: consenso libero e informato della persona interessata*"⁵⁵³. Nell'enunciato si possono individuare due profili del diritto di libertà ed alla libertà che sottende necessariamente ogni diritto che non solo sia enunciato ma sia tutelato – e sia concretamente esercitabile, *id est* politicamente in un contesto autenticamente democratico – e in tutti gli aspetti i cui può essere manifestato per essere integralmente recepito e dunque compiutamente esercitato. Il "consenso libero" sta ad affermare solennemente la facoltà di potersi determinare senza imposizioni e senza ingiunzioni manipolate, senza strumentalizzazioni o scopi più o meno occulti perseguiti in nome di ideologie o regole, che siano in contrasto con il rispetto e la dignità della persona⁵⁵⁴; è prevista in particolare la possibilità per la persona di autodeterminarsi, cioè di valutare la situazione clinica in cui si trova e che le si prospetta, per fare scelte libere perché consapevoli, tanto più libere in quanto consapevoli, tanto più consapevoli in quanto compiutamente informate⁵⁵⁵. Questo istituto giuridico ha trovato una generale formalizzazione nella legge n. 145 del 2001 che ha recepito la Convenzione, stipulata ad Oviedo il 4 aprile 1997, sui diritti dell'uomo e la biomedicina, oltre alla conferma con il recepimento della direttiva 2001/20/CE sulla sperimentazione dei medicinali, con la legge n. 211 del 2003 in cui la preoccupazione della tutela del paziente e soprattutto della sua libertà di scelta è un tema centrale risalente, che muove cioè dalla dichiarazione di Norimberga del 1946 e dalla Dichiarazione di Helsinki fin dalla sua prima formulazione nel 1964 nei

⁵⁵¹ AA. VV., "*Problemi di responsabilità sanitaria*", Milano, 2007, 110 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 19.

⁵⁵² La Carta è inserita integralmente nella Costituzione Europea, ratificata dal Parlamento Italiano con legge n. 57/2005. Si veda AA. VV., op. cit., 110 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 19 ss.

⁵⁵³ AA. VV., op. cit., 110 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 19 ss.

⁵⁵⁴ AA. VV., op. cit., 110 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 19 ss.

⁵⁵⁵ AA. VV., op. cit., 110 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 19 ss.

successivi aggiornamenti da parte dell'Associazione Medica Mondiale⁵⁵⁶. Anche se la legge 145/2001 non ha avuto modo di conoscere la sua entrata in vigore, non significa che il consenso informato non sia istituto generale del nostro ordinamento giuridico, pur prescindendo dalla considerazione che è previsto in modo anche articolato in varie leggi settoriali⁵⁵⁷. Va rilevato innanzitutto, che la Convenzione di Oviedo all'art. 33 in particolare comma 4 prevede un'entrata in vigore successiva per i Paesi che non siano tra i primi firmatari e per i quali la stessa è fissata nella data del 1° giorno del mese successivo trascorsi tre mesi dalla data del deposito presso il Segretariato Generale del Consiglio d'Europa della legge di ratifica, di approvazione o accettazione; per gli altri Paesi, primi firmatari, è entrata in vigore il 1° dicembre del 1999⁵⁵⁸. Inoltre in buona parte si può ritenere che siano stati realizzati i presupposti contenuti nella riserva di legge *ex art. 3*, ad esempio, con la legge n. 6 del 2004 che ha introdotto l'istituto dell'amministrazione di sostegno. E va rilevato che l'art. 2 è un esempio di non trasparenza legislativa. Comunque il consenso informato è da considerarsi istituto facente parte del nostro ordinamento non solo come disciplina di settori specifici, ma come normativa di carattere generale⁵⁵⁹. Tuttavia per poter affermare ciò basta considerare che lo strumento di ratifica esiste con l'approvazione del Parlamento Italiano, con la sottoscrizione del Presidente della Repubblica del 28 marzo 2003, con la pubblicazione sulla G.U. n. 95 del 24 aprile del 2001: i decreti legislativi di cui al comma tre sono funzionalmente correlati a far scattare una entrata in vigore che non è rilevante per l'ordinamento giuridico italiano, ma lo è per una disposizione convenzionale europea, l'art. 33 della Convenzione, in base alla quale l'Italia con il deposito della ratifica s'impegna formalmente e solennemente, e di fronte alla Comunità Europea, a rispettare e ad applicare nel suo ambito i principi della Convenzione, in modo che possano essere fatti valere nei confronti dello Stato italiano e precisamente, come diritti previsti nell'ambito del suo ordinamento giuridico, da parte di ogni cittadino della Comunità Europea stessa⁵⁶⁰. Ciò significa che nel nostro ordinamento e nei confronti del cittadino italiano la normativa ratificata e pubblicata sulla G.U. è pienamente applicabile ed efficace, nel senso che quei principi costituiscono patrimonio giuridico positivo del nostro ordinamento per ciò stesso, dunque, il consenso informato è istituto che costituisce principio con una disciplina fondamentale e generale nel

⁵⁵⁶ AA. VV., op. cit., 110 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 19 ss.

⁵⁵⁷ AA. VV., op. cit., 110 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 19 ss.

⁵⁵⁸ AA. VV., op. cit., 110 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 19 ss.

⁵⁵⁹ AA. VV., op. cit., 110 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 19 ss.

⁵⁶⁰ AA. VV., op. cit., 110 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 19 ss.

contesto del nostro ordinamento⁵⁶¹. Il deposito, dunque, presso il Segretariato Generale del Consiglio D'Europa costituisce un'anomalia procedurale che nella sostanza funzionale non pertiene al protocollo di formazione della legge italiana valida per ogni cittadino italiano⁵⁶². Sul piano sostanziale, il consenso informato è un principio nel nostro *corpus iuris* e non potrà acquisire nessun valore aggiunto o essere negato per l'imposizione di meri adattamenti o meglio di corollari, che possono richiamare la disciplina del consenso⁵⁶³. Come conseguenza questa norma generale ed istituto giuridico è un precetto di legge che attua formalmente i principi di libertà che si sostanziano nella tutela della salute ed i principi che garantiscono il rispetto della dignità della persona affermati nella nostra Costituzione, in base all'enunciazione che i diritti esistono perché esiste la libertà, positivizzati entrambi, anche se i primi preesistono come diritto naturale⁵⁶⁴.

2.1 Il consenso informato tra *lex artis* e causa di giustificazione

La professione medica si caratterizza, oltre che per l'elevato valore etico e sociale⁵⁶⁵, anche per l'idoneità ad integrare fattispecie illecite, essendo destinata a realizzarsi sulla persona⁵⁶⁶. Non a caso, infatti, a fronte della tesi secondo cui le prestazioni sanitarie sono in sé lecite, purché eseguite con l'osservanza delle regole tecniche⁵⁶⁷, da più parti si è sostenuto che la liceità dell'attività medica è subordinata alla presenza di una causa

⁵⁶¹ AA. VV., op. cit., 110 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 19 ss.

⁵⁶² G. M. Vergallo, op. cit., 19 ss.

⁵⁶³ AA. VV., op. cit., 110 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 19 ss.

⁵⁶⁴ G. M. Vergallo, op. cit., 19 ss.

⁵⁶⁵ Lo dimostra il fatto che il riconoscimento del diritto alla salute ed il divieto di trattamenti sanitari obbligatori non espressamente previsti dalla legge sono contenuti nel Titolo II della nostra Costituzione, rubricato "Rapporti etico-sociali". Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

⁵⁶⁶ Si veda: R. Cataldi, C. Matricaldi, F. Romanelli, S. Vagnoni, V. Zatti, "*Il consenso informato: diritto del paziente e difesa per il medico*", Rimini, 2007; R. De Matteis, "*La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*", Padova, 1995; A. Santosuosso, "*Il consenso informato*", Milano, 1996.; G. Cattaneo, "*Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*", in *Riv. Trim. Dir. proc. Civ.*, 1957, pag. 949 ss. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., pag. 20 ss.

⁵⁶⁷ R. Romanese, "*Il diritto di sanare*"; G. Iadecola, "*In tema di rilevanza penale – come delitto doloso contro la vita e l'incolumità individuale – del trattamento medico eseguito senza il consenso del paziente*", in *Riv. It. Med. Leg.*, 2001.

di giustificazione⁵⁶⁸. Si tratta della *vexata quaestio* del fondamento di liceità dell'attività medica, specie chirurgica, ed in particolare, ai fini che qui interessano, del problema se il consenso informato – la cui natura, come già è stato sottolineato, risulta anfibia – si identifichi nella causa di giustificazione prevista dall'articolo 50 c.p. oppure rappresenti una delle *leges artis* cui il professionista deve attenersi nello svolgimento della propria attività⁵⁶⁹. Il fondamento della liceità della pratica medica ha una propria ed autonoma rilevanza pratica ed euristica. Infatti, sostenere che la prestazione medica sulla persona, specie se chirurgica, costituisce un fatto illecito, e che quindi il professionista, per non incorrere in responsabilità, deve munirsi del consenso del paziente o comunque accertarsi della sussistenza di altra causa di giustificazione, significa affermare che tale attività è in sé illecita, come lo è, usando un'espressione simbolica, la condotta dell'aggressore "armato di coltello"⁵⁷⁰. Conseguentemente, la responsabilità del medico dovrebbe essere dichiarata in virtù della prova dell'esecuzione dell'intervento, demandando al professionista la prova della sussistenza di una scriminante, proprio come avviene per l' "accoltellatore", che può evitare di essere condannato solo se dimostra la sussistenza di una causa di giustificazione, solitamente la legittima difesa⁵⁷¹. Diversamente, se si sostiene che ogni trattamento sanitario sia in sé lecito, in quanto attività riconosciuta e disciplinata dall'ordinamento, la mera esecuzione dell'intervento chirurgico non può essere di per sé fonte di responsabilità. Ne deriva che, per addivenire ad una sentenza di condanna, il p.m. o l'attore in sede civile devono dimostrare la sussistenza degli elementi costitutivi della responsabilità⁵⁷². Secondo un orientamento consolidato, il consenso informato non ha efficacia scriminante, e quindi non può rientrare nell'art. 50 c.p., perché l'attività sanitaria trova il fondamento della propria liceità nell'esimente dell'esercizio del diritto *ex art. 51 c.p.*⁵⁷³ Nell'ambito di questa categoria, infatti, il concetto di diritto deve essere inteso nella sua massima estensione,

⁵⁶⁸ F. Mantovani, "I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero", Padova, 1974; F. Mantovani, "Diritto penale. Parte generale", Padova, 2001; A. Baldassarri, "La responsabilità civile del professionista", Milano, 1993; M. Bilancetti, "La responsabilità penale e civile del medico", Padova, 2003. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

⁵⁶⁹ Si veda: F. Inrona, "La responsabilità professionale nell'esercizio delle arti sanitarie", Padova, 1955; G. Vassalli, "Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico", in *Arch. Pen.*, 1973; A. Manna, "Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico", Milano, 1984; G. Iadecola, "Potestà di curare e consenso informato", in AA.VV., Padova, 1998. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss..

⁵⁷⁰ L'equiparazione del bisturi al pugnale si può leggere in M. Polvani, "Indicazioni giurisprudenziali e considerazioni critiche sul consenso all'attività medica", in *Foro it.*, 1996. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

⁵⁷¹ G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

⁵⁷² G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

⁵⁷³ G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

in quanto, se la legge ha valutato un determinato comportamento come conforme ad un interesse meritevole di tutela, il “principio di non contraddizione” impone di non sanzionarlo penalmente perché autorizzato dall’ordinamento giuridico: ciò, a prescindere dall’origine strettamente legislativa oppure interpretativa di tale autorizzazione⁵⁷⁴. Su questa base è agevole inquadrare l’attività sanitaria nell’ambito dell’esercizio di un diritto, in quanto le prestazioni di carattere medico-sanitario sono autorizzate dall’ordinamento giuridico, che, anzi, obbliga il Servizio Sanitario Nazionale ad erogarle⁵⁷⁵. Tuttavia, in senso contrario, è stato rilevato che, per quanto riguarda i trattamenti sanitari, il problema non è di giustificare il comportamento del professionista in astratto, bensì le attività che egli pone in essere. Di conseguenza, il criterio di legittimazione deve essere rintracciato nel consenso⁵⁷⁶. Altro orientamento dottrinale sostiene che la volontà del paziente di sottoporsi al trattamento sanitario è una scriminante *sui generis*, non codificata, diversa dal consenso dell’avente diritto sotto un profilo sostanziale⁵⁷⁷. Nell’ambito dell’art. 50 c.p., infatti, il soggetto dispone del proprio diritto in modo insindacabile, potendo scegliere di privilegiare il capriccio anche a discapito di interessi pubblici rilevanti mentre esorbita da quest’istituto, anche qualora siano in gioco solo interessi disponibili, ogni volta che l’effetto scriminante è in funzione di valori collettivi, come appunto accade nell’attività medico-chirurgica, alla quale il paziente acconsente per ottenere un miglioramento delle proprie condizioni di salute, la quale, oltre che suo diritto, è interesse della collettività *ex art. 32 Cost.*⁵⁷⁸ In altri termini, secondo questa tesi, la scelta del paziente di accettare il trattamento, costituendo atto dispositivo di un interesse pubblico, esula dalla previsione dell’art. 50 c.p. il quale, riferendosi solo a diritti, ammette che il consenso alla loro lesione o messa in pericolo sia prestato arbitrariamente e senza controlli. In senso contrario, è possibile rilevare che l’art. 50 c.p., riferendosi ad ogni lesione o messa in pericolo, ha un ambito di applicazione generale che trova necessaria specificazione nell’art. 5 c.c.⁵⁷⁹ Da quest’ultima disposizione si evince che la presenza dell’interesse collettivo connesso

⁵⁷⁴ F. Mantovani, “*Eserc. Dir. (dir. pen)*”, in *Enc. Dir.*, Milano, 1996. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 20.

⁵⁷⁵ G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

⁵⁷⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

⁵⁷⁷ Secondo G. Vassalli, “*Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico*” esistono “nel sistema vigente principi positivi, aventi valore normativo, ricavabili per analogia dal sistema delle cause di giustificazione, in forza delle quali il trattamento medico-chirurgico si impone di per sé stesso, quando sia condotto in vista di supreme esigenze della salute del paziente e secondo la *lex artis*, come una fonte di discriminazione del fatto”. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

⁵⁷⁸ G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.; C. Pedrazzi, “*Consenso dell’avente diritto*”, in *Enc. Dir.*, vol. IX, Milano, 1961, 44.

⁵⁷⁹ G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

alla tutela della salute riduce l'area della disponibilità dell'integrità fisica, subordinandola ad una diminuzione non permanente di questo bene, nonché al rispetto della legge ed alla conformità all'ordine pubblico ed al buon costume, ma non compromette l'insindacabilità delle scelte relative al proprio corpo che rientrino nell'area disponibile in quanto rispondenti ai requisiti contenuti nell'art. 5 c.c.⁵⁸⁰ Ciò è tanto più evidente se si considera il fenomeno dei tatuaggi e dei *piercing*, mode che si sono dimostrate potenzialmente pericolose per la salute e che quindi, secondo la tesi criticata, richiederebbero, un consenso non insindacabile in quanto prestato in funzione di un interesse pubblico, ma che invece, sicuramente restano consentite finché non oltrepassino i limiti di cui all'art. 5 c.c.⁵⁸¹ Altra critica alla tesi che attribuisce al consenso informato natura di scriminante è stata individuata nel rapporto tra l'art. 50 c.p. e l'art. 5 c.c.⁵⁸² In proposito, poiché l'art. 50 c.p. si riferisce solo ai diritti di cui il consenziente può disporre e l'art. 5 c.c. vieta "gli atti di disposizione del proprio corpo che cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica", se si identificasse il consenso del paziente con la causa di giustificazione dell'art. 50 c.p. la sua efficacia scriminante sarebbe limitata solo agli interventi chirurgici che non riducono in modo permanente l'integrità fisica⁵⁸³. Conseguentemente rimarrebbero nell'area dell'illecito proprio quelle operazioni che, per la loro idoneità ad incidere irrimediabilmente sull'integrità fisica, si presentano più delicate sotto il profilo della responsabilità professionale⁵⁸⁴. Tuttavia, in senso contrario, il divieto contenuto nell'art. 5 c.c. non sembra applicabile agli atti di disposizione del proprio corpo a scopo terapeutico. Infatti, la rilevanza costituzionale del diritto alla salute induce a ritenere valido il consenso a trattamenti terapeutici che comportano un sacrificio per l'integrità fisica; altrimenti per salvaguardare tale bene si pregiudicherebbe il diritto di curarsi, con evidente fraintendimento della *ratio* dello stesso art. 5 c.c.⁵⁸⁵ Pertanto, è parso utile dare del

⁵⁸⁰ G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

⁵⁸¹ G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

⁵⁸² G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

⁵⁸³ G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

⁵⁸⁴ Si veda in giurisprudenza: Cass. civ., Sez. III, 15 gennaio 1997, n. 364, Cass. pen., Sez. I, 29 maggio-11 luglio 2002, n. 26446. In dottrina: G. Vassalli, "Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico", in Arch. Pen., 1973, 951; A. Manna, "Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico", Milano, 1984, 30; G. Cattaneo, "Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico", op. cit., 951; A. De Cupis, "Integrità fisica", Roma, 1993 e "I diritti della personalità", Milano, 1982. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

⁵⁸⁵ In proposito, la Relazione ministeriale sul codice civile fa esplicito riferimento alle "operazioni chirurgiche" solo nella parte al divieto di atti di disposizione in contrasto con la legge, con l'ordine pubblico e con il buon costume. Peraltro, la Relazione richiama interventi chirurgici per affermare la validità; infatti, se il codice stabilisse che tali attività "sono nulle si verrebbe ingiustamente a privare del compenso colui che si sia sottoposto a simili esperimenti od operazioni pattuendolo preventivamente".

concetto di integrità *ex art. 5 c.c.* una lettura non limitata alla sola integrità anatomica, ma comprensiva anche del profilo funzionale⁵⁸⁶. Del resto, anche la Corte Costituzionale ha affermato la liceità di tutti gli atti di disposizione del proprio corpo, se finalizzati alla tutela della salute⁵⁸⁷. Secondo altra autorevole dottrina, anche a voler accogliere la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 5 c.c., in relazione all'art. 32 Cost., secondo la quale l'atto di disposizione della propria integrità fisica è valido anche quando ne cagioni la diminuzione permanente, purché determini nel complesso un beneficio per la salute della persona, questa interpretazione non vale a dimostrare che il consenso informato rappresenti la causa di giustificazione dell'art. 50 c.p. e quindi sia il fondamento di liceità del trattamento medico⁵⁸⁸. Infatti, l'infondatezza della tesi che attribuisce efficacia scriminante al consenso del paziente si ricava sia dall'esistenza di trattamenti sanitari considerati obbligatori *ex lege*, sia dalla indiscussa liceità dell'intervento eseguito su paziente incapace di intendere e di volere, e quindi di consentire, anche a prescindere dalla sussistenza di uno stato di necessità⁵⁸⁹. Il primo di questi argomenti, secondo cui il consenso del paziente non costituisce fondamento di liceità dell'attività medica perché esistono trattamenti che possono lecitamente essere eseguiti senza consenso, in quanto imposti come obbligatori dalla legge, non sembra confutare la tesi che considera leciti i trattamenti sanitari solo in presenza di una causa di giustificazione, quale, appunto, il consenso dell'avente diritto, ma anche lo stato di necessità e l'adempimento del dovere⁵⁹⁰. Infatti poiché i trattamenti sanitari obbligatori possono rientrare nell'esimente dell'adempimento del dovere *ex art. 51 c.p.*, la loro esistenza non sembra sufficiente ad affermare con certezza che i trattamenti sanitari

Invece, quando la Relazione passa a considerare il divieto di diminuzione permanente dell'integrità fisica, afferma: "La norma, quindi, appare idonea a tutelare una imprescindibile esigenza di carattere morale e sociale, in perfetta aderenza col sentimento pubblico che, mentre vede con simpatia gli atti di disposizione che senza menomazione dell'integrità personale giovano ad altri, come nel caso della trasfusione del sangue ed in quello del trapianto di pelle, resta invece turbato di fronte ad atti che diminuiscono la capacità fisica del soggetto". Di conseguenza, sembra che la funzione dell'art. 5 c.c. sia di limitare gli atti di disposizione del proprio corpo che vanno a beneficio esclusivo di terzi, e non anche quelli che sono nell'interesse dello stesso disponente; in tal senso, F. Albergiani, "*Profili problematici del consenso dell'avente diritto*", Milano, 1995, 85 ss. Si veda G. M. Vergallo, *op. cit.*, 20 ss.

⁵⁸⁶ Si veda: R. Riz, "*Il consenso dell'avente diritto*", Padova, 1979, 319 ss.; F. Mantovani, "*I trapianti e la sperimentazione umana*", Padova, 1974, 100. Si veda G. M. Vergallo, *op. cit.*, 20 ss.

⁵⁸⁷ Corte cost., 24 maggio 1985, n. 161, in *Foro It.* 1985, la quale ha dichiarato la legittimità costituzionale della legge 14 aprile 1982, n. 164, sulla rettificazione della attribuzione di sesso, in quanto "la natura terapeutica che la scienza assegna all'intervento chirurgico e che la legge riconosce (...) ne esclude l'illiceità, mentre le norme che lo consentono, dettate a tutela della persona umana e della sua salute, fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività, non offendono per certo i parametri costituzionali invocati". Si veda G. M. Vergallo, *op. cit.*, 20 ss.

⁵⁸⁸ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 20 ss.

⁵⁸⁹ G. Iadecola, "*Ancora in tema di rilevanza penale del consenso (e del dissenso) del paziente nel trattamento medico chirurgico*", in *Cass. Pen.*, 2003. Si veda G. M. Vergallo, *op. cit.*, 20 ss.

⁵⁹⁰ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 20 ss.

siano leciti anche in mancanza di cause di giustificazione. Altrettanto controvertibile appare la rilevanza del secondo argomento, relativo alla liceità dell'intervento senza consenso su paziente incapace di intendere e di volere⁵⁹¹. Infatti, questa tesi troverebbe una smentita, nella Convenzione d'Oviedo, la quale stabilisce all'art. 6 che il medico deve acquisire il consenso del legale rappresentante del paziente anche quando quest'ultimo sia incapace di intendere e di volere. Conseguentemente, tale articolo appare compatibile con la tesi dell'illiceità in sé del trattamento medico, la quale può essere scriminata attraverso l'acquisizione del consenso informato del paziente o del suo legale rappresentante⁵⁹². Dunque, per una più solida confutazione della tesi del consenso come causa di giustificazione, è necessario dimostrare che le pratiche diagnostiche e terapeutiche, anche chirurgiche, siano in sé lecite⁵⁹³. A tal fine, un solido referente normativo sembra rintracciabile nell'art. 9 Cost., ai sensi del quale "*la Repubblica promuove (...) la ricerca scientifica*". Essendo difficilmente contestabile che nell'ambito della ricerca scientifica rientrino le attività di sperimentazione clinica, il riconoscimento costituzionale dell'art. 9 Cost. sembra coinvolgere anche tali prestazioni mediche⁵⁹⁴. Conseguentemente, se è intrinsecamente lecita l'attività di sperimentazione clinica, perché riconosciuta e favorita al più alto livello del nostro ordinamento, appare illogico ritenere che siano, all'opposto, intrinsecamente illecite tutte le altre prestazioni mediche che sono la benefica conseguenza delle sperimentazioni. Tale conclusione trova conforto nell'art. 47 del vigente codice deontologico⁵⁹⁵. Del resto, in tema di rilevanza pratica, se il consenso del paziente fosse una causa di giustificazione, non codificata oppure rientrante nell'art 50 c.p., e quindi discriminasse l'intrinseca illiceità delle prestazioni mediche, ogni trattamento sanitario costituirebbe un fatto illecito, e quindi la prova del consenso informato del malato sarebbe necessaria al medico per evitare una condanna certa, avendo posto in essere una condotta rientrante nell'area dell'antigiuridicità⁵⁹⁶. Tuttavia, questa necessaria conclusione appare smentita dal nostro ordinamento e dalla pratica giudiziaria, dove né il p.m., né l'attore contestano la mera esecuzione dell'intervento, bensì chiedono la condanna del medico per aver effettuato un intervento senza valido consenso informato. Difatti, almeno in sede penale, non è il medico a dover dimostrare di aver adempiuto all'obbligo di informazione, bensì

⁵⁹¹ G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

⁵⁹² G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

⁵⁹³ G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

⁵⁹⁴ G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

⁵⁹⁵ G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

⁵⁹⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

è l'accusa a dover fornire la prova della mancanza o l'invalidità del consenso del paziente⁵⁹⁷. In sede civile, invece, pur essendo controversa la questione dell'onere della prova, la tesi che pone in capo al medico l'onere di dimostrare di aver acquisito dal paziente un valido consenso basa questa conclusione solo sul criterio di vicinanza dell'onere della prova, e non certo sull'intrinseca illiceità del trattamento medico. In altri termini, nella responsabilità professionale, il consenso del paziente non è un elemento estraneo all'addebito di responsabilità civile o penale⁵⁹⁸. Al contrario, la mancanza del consenso è interna e coesistente alla responsabilità del medico, al punto che sia il p.m., sia l'attore la allegano a fondamento delle rispettive domande e si curano di fornirne la prova⁵⁹⁹. Dunque non è il consenso del paziente a rendere lecita una condotta intrinsecamente illecita, bensì è la mancanza del consenso a rendere illecito il trattamento sanitario, che, in quanto espressione di un'attività autorizzata e disciplinata dall'ordinamento, non può che essere lecito finché non si risolva nella violazione di una delle *leges artis* cui l'ordinamento subordina il corretto esercizio della professione, e tra le quali è compreso il consenso informato del paziente⁶⁰⁰. A sostegno di questa conclusione vi è un altro argomento logico. Se il consenso informato, invero, fosse una causa di giustificazione, disciplinata dall'art. 50 c.p. oppure non codificata, la sua acquisizione da parte del medico sarebbe un onere, e non un obbligo. Infatti, l'onere è la situazione giuridica in cui si trova il soggetto che pone in essere una determinata attività nel proprio interesse, mentre la posizione giuridica dell'obbligo grava sul soggetto che deve tenere un determinato comportamento per realizzare un interesse altrui⁶⁰¹. Dunque, quando la persona che commette una lesione acquisisce il consenso della vittima, lo fa nel proprio esclusivo interesse, perché il consenso del danneggiato le consente di beneficiare dell'applicazione della causa di giustificazione *ex art. 50 c.p.* Diversamente, il medico che informa il paziente in ordine al rapporto costi-benefici del trattamento cui intende sottoporlo e ne riceve il consenso, agisce in adempimento di un preciso obbligo di informazione perché realizza non già il proprio esclusivo interesse, bensì il diritto del paziente di scegliere consapevolmente a quali terapie sottoporsi⁶⁰². Peraltro, il fatto che l'informazione e l'acquisizione del consenso siano un obbligo, e non un onere, del medico è coerente con la natura contrattuale del rapporto medico-paziente.

⁵⁹⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

⁵⁹⁸ G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

⁵⁹⁹ G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

⁶⁰⁰ G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

⁶⁰¹ G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

⁶⁰² G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

Conseguentemente, si parla di consenso informato come *leges artis* cui ogni medico deve attenersi⁶⁰³. In questa prospettiva, la giurisprudenza parla di “autolegittimazione” della professione medica in considerazione del fatto che la prestazione del professionista rappresenta il mezzo per tutelare la salute del paziente, quindi, il mezzo mediante il quale concretizzare il diritto di quest’ultimo⁶⁰⁴. Quindi il consenso sembra necessario non perché l’attività svolta dal professionista sia di per sé illecita, ma perché è illecita qualsivoglia attività che intervenga a limitare la libertà di autodeterminazione del soggetto riguardo gli atti che incidono sulla propria integrità fisica⁶⁰⁵.

2.2 Il fondamento normativo del consenso informato

Esclusa la possibilità di ricondurre il consenso informato all’art. 50 c.p., occorre verificarne il fondamento normativo. Qui la Convenzione di Oviedo merita di essere chiamata in causa, anche se ne è stata discussa l’applicabilità⁶⁰⁶. Ha indotto a ritenere che essa non fosse entrata in vigore il fatto che il Governo non ha provveduto ad esercitare la delega conferitagli dall’art. 3 della legge di ratifica n. 145/2001 per emanare “*uno o più decreti legislativi recanti ulteriori disposizioni occorrenti per l’adattamento dell’ordinamento giuridico italiano ai principi*” della convenzione. In senso contrario, si rileva che proprio il riferimento ad “*ulteriori disposizioni*” dimostra l’immediata vigenza delle norme direttamente previste dalla Convenzione stessa in quanto non influenzata dal contenuto di tali emanandi decreti⁶⁰⁷. Secondo autorevole dottrina, invece la conferma dell’inapplicabilità della Convenzione di Oviedo deriva dal fatto che l’Italia non ha ancora provveduto a depositare presso il Consiglio d’Europa il proprio strumento di ratifica, come invece richiesto dall’art. 33 della Convenzione

⁶⁰³ G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

⁶⁰⁴ Si veda Cass. Civ., Sez. III, n. 7027 del 2001, in cui la Suprema Corte sostiene che “*l’attività medica trova fondamento e giustificazione, nell’ordinamento giuridico, non tanto nel consenso dell’avente diritto (art. 50 c.p.), come si riteneva in passato, poiché tale opinione di per sé contrasterebbe con l’art. 5 c.c., in tema di atti di disposizione del proprio corpo, ma in quanto essa stessa legittima, volta essendo a tutelare un bene costituzionalmente garantito, quale è quello della salute*”. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

⁶⁰⁵ A. Lanotte, “*L’obbligo di informazione: adempimento di un dovere burocratico?*” in “*Danno e responsabilità*”, 2006; G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

⁶⁰⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

⁶⁰⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 20 ss.

stessa⁶⁰⁸. Tuttavia essa riveste un interesse che richiede di tenerne conto e del resto poiché è stata ratificata e contiene principi conformi alla nostra Costituzione, il mancato deposito dello strumento di ratifica non impedisce di attribuire alla disciplina comunitaria “*una funzione ausiliaria sul piano interpretativo*”: le sue disposizioni non possono prevalere sulle norme interne contrarie, ma devono essere utilizzate nell’interpretazione della legge nazionale al fine di attribuirle una lettura il più possibile conforme all’ordinamento comunitario⁶⁰⁹. La dottrina e la giurisprudenza maggioritarie tendono a ricondurre il consenso nell’ambito dei diritti costituzionali della persona, individuandone il fondamento negli articoli 13, 32 e 2 Cost.⁶¹⁰ Ciò significa che anche il diritto di autodeterminazione, in riferimento a trattamenti di natura sanitaria, non è un principio collegato al solo diritto alla salute, ma è espressione del generale diritto di libertà dell’individuo⁶¹¹. Si può dire che si è pervenuti ad una integrazione originale tra libertà e salute, intesa questa nel senso di benessere psico-fisico dell’individuo che rappresenta modalità di estrinsecazione del fondamentale e superiore diritto di autodeterminazione del soggetto⁶¹². In questo senso la Costituzione è informata al “principio personalistico”, ossia incentrata sul valore primario della persona, portatrice di diritti in quanto tale e quindi indipendentemente dall’intervento dello Stato e senza il condizionamento di finalità collettive. Ciò emerge espressamente dall’art. 2 Cost., che garantisce i diritti inviolabili dell’uomo sia come singolo che come membro di un

⁶⁰⁸ F. Mantovani, “*Trapianti*”, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 2003; A. Santosuosso, “*Sperimentazioni di farmaci sull’uomo e diritto all’integrità della persona*”, in *Questi. Giust.*, 2002; In senso contrario G. Toscano, “*Informazione, consenso e responsabilità sanitaria*”, Milano, 2006. Per l’aggiornamento sull’entrata in vigore della Convenzione di Oviedo nei vari Paesi firmatari si può consultare il sito www.conventions.coe.int. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., pag. 29 ss.

⁶⁰⁹ Cass. civ. Sez. I, n. 21748 del 2007, in www.dirittoegustizia.it. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., pag. 29 ss.

⁶¹⁰ Tra i numerosi studi sull’argomento: A. Baldassarri, S. Baldassarri, “*La responsabilità civile del professionista*” Milano, 1993, 192; G. Cattaneo, “*Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*”, op. cit., 949; R. De Matteis, “*La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*”, Padova, 1995 260; E. Palermo Fabris, “*Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale. Profili problematici del diritto all’autodeterminazione*”, Padova, 2000, 176. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., pag. 29 ss.

⁶¹¹ Cass. civ., n. 10014 del 1994, dove è ben chiarito il concetto per cui l’informazione al paziente è condizione indispensabile per la “*validità del consenso senza il quale l’intervento sarebbe impedito al chirurgo tanto dall’art. 32, comma 2, Cost., quanto dall’articolo 13 Cost., che garantisce l’invulnerabilità della libertà personale con riferimento anche alla libertà di salvaguardia della propria salute e della propria integrità fisica*”. Nello stesso senso la Cass. civ. n. 364 del 1997: “*A meno che siano obbligatori per legge che ricorrano gli estremi dello stato di necessità ed il paziente non possa per le sue condizioni prestare il proprio consenso, i trattamenti sanitari sono di norma volontari (artt. 13 e 32, comma 2, Cost.) e la validità del consenso è condizionata all’informazione*”. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., pag. 29 ss.

⁶¹² F. Mantovani, “*Diritto penale*”, Milano, 2019, op. cit.; G. Fiandaca-E. Musco, “*Diritto penale. Parte generale*”, Bologna, 2018, op. cit.; F. Antolisei, “*Manuale di diritto penale. Parte generale*”, Milano, 2018, op. cit.; T. Padovani, “*Diritto penale*”, Milano, 2018, op. cit. Si veda inoltre G. M. Vergallo, op. cit., pag. 29 ss.

gruppo⁶¹³. Quindi si può sostenere il riconoscimento costituzionale della libertà di autodeterminazione, la quale, tuttavia, troverebbe secondo questa impostazione ben più espliciti referenti nella nostra Costituzione⁶¹⁴. Infatti, anche l'art. 32 Cost., che condiziona il trattamento sanitario obbligatorio ad un'esplicita previsione di legge, nonché alla sussistenza di un interesse della collettività ed al rispetto della persona umana, è espressione del principio personalistico, in quanto volto ad escludere la strumentalizzazione autoritativa dell'uomo. Come conseguenza, la tutela della libertà di autodeterminazione pretende l'inviolabilità fisica dell'individuo⁶¹⁵. La Suprema Corte ha cristallizzato questa tesi affermando che *“la necessità del consenso si evince, in generale, dall'art. 13 della Costituzione, il quale sancisce l'inviolabilità della libertà personale, nel cui ambito deve ritenersi inclusa la libertà di salvaguardare la propria salute e la propria integrità fisica”*⁶¹⁶. I richiami all'articolo 13 Cost., che riconosce l'inviolabilità della libertà personale, e all'art. 32 Cost. sono stati tuttavia criticati da una parte minoritaria della dottrina, che ha evidenziato come tali disposizioni siano connotate da una preminente valenza pubblicistica, e non siano quindi idonee a regolare le relazioni di diritto privato⁶¹⁷. È stato sottolineato, inoltre, che, se si facesse rientrare la libertà di autodeterminazione nell'art. 13 Cost., qualunque obbligo sarebbe incostituzionale se non fosse introdotto con *“atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge”*⁶¹⁸. Una parte della dottrina ha anche escluso che il diritto al consenso informato possa rientrare nell'art. 2 Cost., perché i diritti inviolabili appartengono all'essere umano in quanto tale, senza che debba intervenire lo Stato per concederli, mentre l'obbligo di acquisire il consenso informato *“viene ad esistenza solo nel quadro del rapporto che l'uomo, nella sua qualità di paziente, instauri con il medico”*⁶¹⁹. Inoltre la medesima dottrina mette in risalto l'assenza nel diritto al consenso informato di un connotato tipico dei diritti inviolabili, l'indisponibilità, in quanto nulla impedisce al paziente di rinunciare al diritto di essere informato. Esclusane la natura di diritto assoluto della persona, il diritto al consenso

⁶¹³ G. M. Vergallo, op. cit., 29 ss.

⁶¹⁴ G. M. Vergallo, op. cit., pag. 29 ss.

⁶¹⁵ G. M. Vergallo, op. cit., pag. 29 ss.

⁶¹⁶ Cass. civ., n. 7027 del 2001; Cass. civ., n. 10014 del 1994; Cass. civ. n. 364 del 1997. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., pag. 29 ss.

⁶¹⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 29 ss.

⁶¹⁸ *Rapporti etico-sociali*, Commentario Costituzionale, a cura di G. Branca, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1976, ritiene improprio il riferimento all'articolo 13 Cost. perché comporta la necessità dell'atto motivato dell'autorità giudiziaria, sostenendo invece più corrette in tema di trattamento sanitario collegato con l'art. 32 Cost. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., pag. 29 ss.

⁶¹⁹ A. Donati, *“Consenso informato e responsabilità da prestazione medica”*. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., pag. 29 ss.

informato andrebbe ricondotto nella categoria dei diritti di credito, ossia relativi⁶²⁰, in quanto nasce e viene esercitato all'interno del contratto d'opera intellettuale⁶²¹. È stato, tuttavia, obiettato che il divieto assoluto di disporre di un bene non è l'unico modo in cui si manifesta l'indisponibilità, ben potendo questa essere rintracciata nella possibilità di revocare in ogni momento e senza condizioni il consenso alla violazione del proprio diritto⁶²², e quindi anche nella possibilità per il paziente di pretendere l'informazione, riconsiderando la iniziale scelta di rinunciare. Tuttavia, pur sostenendo che il diritto alla libera autodeterminazione sia sprovvisto del requisito della indisponibilità, e che quindi non possa rientrare nei diritti inviolabili, si dovrebbe ammettere la natura assoluta, e non già la relativa, di questa libertà in virtù della tutela *erga omnes* riconosciuta dall'ordinamento⁶²³. Infatti, il legislatore ha protetto il bene giuridico della libertà morale contro le aggressioni da chiunque poste in essere attraverso la previsione delle fattispecie contenute negli artt. dal 610 al 613 c.p. (rispettivamente, violenza privata, violenza o minaccia per costringere a commettere un reato, minaccia e stato di incapacità procurato mediante violenza)⁶²⁴. Tuttavia, se è vero che l'ordinamento impone a tutti di astenersi dal limitare la libertà di autodeterminazione, appare anche indubitabile che questa, entrando nel rapporto tra paziente e medico, impone a quest'ultimo l'obbligo di attivarsi per consentire al malato una scelta consapevole, il che è incompatibile con la struttura del diritto assoluto, la quale invece richiede ai consociati un mero dovere di astenersi da attività che possano

⁶²⁰ I diritti relativi attribuiscono il potere di pretendere l'adempimento di un obbligo di fare o di non fare qualcosa da parte del soggetto o dei soggetti con cui si è instaurato un rapporto giuridico; pertanto, la realizzazione dell'interesse del creditore necessita della cooperazione del debitore. Al contrario, nei diritti assoluti non rileva un rapporto intersoggettivo, bensì una relazione diretta tra un soggetto un bene, ad esempio la salute, che impone a tutti di astenersi da ogni turbativa (tutela *erga omnes*). Si veda G. M. Vergallo, op. cit., pag. 29 ss.

⁶²¹ Nello stesso senso F. Galgagno, "Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria", in *Riv. Tri. Dir. proc. Civ.*, 1984, 711; In senso contrario, G. Cattaneo, "Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico", op. cit., 953, secondo il quale il consenso del paziente trova la propria fonte nel suo diritto a liberamente autodeterminarsi in ordine alla propria sfera personale, e non nel contratto tra medico e paziente. Per una critica alla tesi che riconduce la professione medica nell'area del contratto, si veda P. Rescigno, "Fondamenti e problemi della responsabilità medica", in AA.VV., "La responsabilità medica", Milano, 1982. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., pag. 29 ss.

⁶²² F. Gazzoni, "Manuale di diritto privato", Napoli, 2001, 277. Una delle difficoltà ad ammettere l'esistenza di un rapporto contrattuale tra il medico ed il paziente si può rintracciare nell'esigenza, coerente con il principio costituzionale di dignità della persona, che il consenso all'intervento terapeutico sia sempre revocabile, fino al momento della sua materiale effettuazione. Per una critica questo orientamento, D. Carusi, "Atti di disposizione del corpo", in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma, 1999, secondo la quale la possibilità di recedere non preclude la sussistenza del contratto perché l'art. 2237 c.c., in materia di contratto d'opera intellettuale, riconosce al cliente la possibilità di recedere in ogni momento, "rimborsando al prestatore d'opera le spese sostenute e pagando il compenso per l'opera svolta". Si veda G. M. Vergallo, op. cit., pag. 29 ss.

⁶²³ G. M. Vergallo, op. cit., 29 ss.

⁶²⁴ G. M. Vergallo, op. cit., pag. 29 ss.

pregiudicarlo⁶²⁵. Comunque, pur sostenendo che la rinunciabilità del diritto alla libera e consapevole autodeterminazione ne escluda l'ingresso tra i diritti della personalità, e che l'obbligo di attivarsi implichi la natura relativa del diritto al consenso informato, non sembra che ne possa essere messa in discussione la rilevanza costituzionale, esplicitamente attribuita ad esso dall'art. 32, comma 2, Cost.⁶²⁶ Anche la legislazione ordinaria offre indicazioni chiarificatrici in ordine alla rilevanza da attribuire alla volontà del paziente. La legge n. 833/1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, specifica all'art. 33, ribadendo letteralmente il principio già espresso dall'art. 1, comma 1, della legge n. 180/1978, che il trattamento sanitario è sempre volontario⁶²⁷. Dunque il legislatore aderisce ad una concezione che vede nell'uomo non uno strumento, in quanto tale suscettibile di essere asservito ad interessi di rilevanza collettiva, ma un valore in sé e per sé considerato, titolare di diritti inviolabili che l'art. 2 Cost. gli riconosce “*sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*”⁶²⁸. Questa formulazione esprime ulteriormente come la partecipazione alla vita pubblica non comporti la subordinazione dell'individuo al solo interesse della collettività: infatti, anche nell'ambito dei più vari aggregati sociali, la persona conserva intatti i propri diritti inviolabili, tra i quali la libertà di autodeterminazione, la cui violazione si risolve in un'offesa ad uno degli aspetti della dignità⁶²⁹ umana. Ancora più rilevante è il disposto dell'art. 1, commi 2 e 5, della legge n. 180/1978, che, in

⁶²⁵ G. M. Vergallo, op. cit., pag. 29 ss.

⁶²⁶ A. Pace, “*Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*”, Padova, 2002, 49, evidenzia come il contenuto dei diritti di libertà, e quindi anche della libertà di circolazione, di manifestazione del pensiero etc., si identifichi con le facoltà che questi diritti permettono di esercitare; pertanto, “*proprio perché la libertà caratterizza contenutisticamente tali diritti, rientra, in linea di principio, nel rispettivo contenuto dei vari diritti di libertà, la possibilità di scegliere se, come e quando esercitarli*”. Quindi la facoltà di rinunciare all'esercizio del diritto di libertà, lungi dal comportare una *deminutio* di tutela, ne è l'elemento costitutivo. In senso conforme, A. De Cupis, “*I diritti della personalità*”, Milano, 1959, 210. G. M. Vergallo, op. cit., pag. 29 ss.

⁶²⁷ Cass. civ., n. 21748 del 2007. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., pag. 29 ss.

⁶²⁸ G. M. Vergallo, op. cit., pag. 29 ss.

⁶²⁹ La funzione della dignità viene considerata sotto tre profili: a) una funzione di difesa (*Abwehrfunktion*), che si esplica nella forma di “non dominio” come “desiderio umano, profondo e universale, di rispetto e di dignità”; b) una funzione di protezione (*Schutzpflichtfunktion*), che presuppone l'adozione da parte dello Stato di misure e strumenti atti a tutelare la dignità delle persone da violazioni provenienti da soggetti privati; c) una funzione di prestazione (*Leistungsfunktion*), che impone allo Stato il dovere di apprestare le condizioni minime indispensabili per consentire il soddisfacimento dei bisogni essenziali della persona, favorendone la “fioritura” delle capacità. Le tre funzioni esposte sono tra loro strettamente connesse e, come nel domino, *simul stabunt simul cadent*, tuttavia appare indispensabile riconoscere come la garanzia della dignità, in quanto norma fondamentale costitutiva dell'identità ed autonomia personale, serve preliminarmente a tutelare sia l'auto-rappresentazione, sia la concezione dei valori del singolo, obbligando, perciò, l'ordinamento giuridico a tutelare in particolare l'autodeterminazione individuale. Dunque la dignità viene intesa prioritariamente, in senso giuridico, come libertà fondamentale di poter disporre di sé stessi e di poter formare il proprio destino in modo responsabile. “*La responsabilità medica*”, AA.VV., a cura di Nicola Todeschini, Milano, 2016, 235 ss. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., pag. 29 ss.

attuazione dell'art. 32, comma 2, Cost., circoscrive ai casi “*espressamente previsti da leggi dello Stato*”, la possibilità di eseguire accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori, i quali devono, comunque, essere praticati “*nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici garantiti dalla Costituzione, compreso per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura*” e “*devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato*”⁶³⁰. Su questa base, tra la Convenzione di Oviedo, la sommarietà degli artt. 2, 13 e 32 Cost., dell'art. 33 della legge n. 833/1978 ed 1 della legge 180/1978, l'unica disciplina generale del consenso informato è quella deontologica. Le disposizioni dei codici deontologici, infatti, anche senza essere richiamate dalla legge, hanno rilevanza giuridica come “*elementi di integrazione extranormativa dei concetti di diligenza professionale (e quindi di colpa) e delle clausole generali di correttezza e buona fede*”⁶³¹. Peraltro, anche in materia di consenso risulta confermata la rilevanza giuridica delle regole deontologiche “*quali strumenti ermeneutici idonei alla precisazione di principi generali, come quelli dell'adeguatezza dell'informazione, della libertà del consenso, ed in ultima analisi del principio di rispetto dell'autodeterminazione*”⁶³². Anche l'orientamento che esclude la natura giuridica delle norme deontologiche ritiene che queste, essendo fonti non legislative, possono rientrare nel concetto di “discipline” la cui inosservanza costituisce colpa specifica *ex art. 43 c.p.*⁶³³ Quindi, la disciplina deontologica, anche se priva nelle sue disposizioni di natura giuridica, risulta rilevante ai fini della soluzione dei concreti casi

⁶³⁰ G. M. Vergallo, op. cit., pag. 29 ss.

⁶³¹ Secondo G. Iadecola, “*Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed anatomia della disciplina*”, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2007, le disposizioni deontologiche hanno nature di norme giuridiche in quanto le relative sanzioni disciplinari sono “*espressamente previste dalla normazione statale*”. Infatti, analogamente a quanto avviene in deontologia forense, le norme del codice di deontologia medica integrano l'art. 38 D.P.R. n. 221/1950 che non individua i singoli comportamenti vietati per gli esercenti le professioni sanitarie, bensì si limita ad indicare il decoro professionale come clausola generale “*il cui contenuto deve essere derivato dalle norme dell'etica professionale, che compete all'autonomia dell'ordine professionale enunciare*”. Secondo il medesimo la giurisprudenza formatasi in materia di deontologia forense, “*risulta del tutto mutuabile nell'ambito della deontologia medica, che presenta le medesime connotazioni strutturali*”. In senso conforme, Cass. civ., n. 12122 del 2006, in www.cortedicassazione.it, precisa che le disposizioni del codice deontologico sono “*norme giuridiche obbligatorie valesi per gli iscritti all'albo(...) che integrano il diritto oggettivo ai fini della configurazione dell'illecito disciplinare*”. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 2007, 37 ss.

⁶³² G. Iadecola, ne “*Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed anatomia della disciplina*”, ricorda che la giurisprudenza ha richiamato la disciplina deontologica per fondare il diritto del paziente di essere informato e di esprimere una consapevole adesione ai trattamenti diagnostico-terapeutici. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 2007, 37 ss.

⁶³³ G. M. Vergallo, op. cit., 2007, 37 ss.

giudiziari, in quanto costituisce un indispensabile riferimento per valutare il carattere colposo della condotta del professionista⁶³⁴.

2.3 Il limite al consenso del paziente: il rifiuto del trattamento da parte del professionista tra dovere e facoltà

Il fine dell'esercizio della professione medica che tende al recupero o alla promozione della salute non esclude la possibilità, e talvolta anche il dovere, del medico di rifiutare le cure. Dottrina autorevole ritiene che il medico sia obbligato a rifiutare la propria prestazione sia in caso di interventi *contra legem*, quali la sterilizzazione non terapeutica e la fecondazione artificiale eterologa, sia quando il paziente chiede di sottoporsi a trattamenti la cui utilità terapeutica non sia comprovata e documentata⁶³⁵. Al dovere di astenersi da terapie che non sono pienamente accreditate corrisponde l'obbligo di eseguire il trattamento che, secondo scienza ed esperienza, assicura la maggiore efficacia terapeutica. La libertà del medico di scegliere secondo coscienza è circoscritta, invece, ai casi in cui, tra i vari trattamenti possibili, nessuno risulti scientificamente idoneo ad offrire il miglior rapporto costi-benefici⁶³⁶. Questa tesi, ispirata dall'intenzione di valorizzare la tutela della salute, suscita perplessità sul piano della concezione del rapporto medico-paziente: dall'affermazione dell'esistenza dell'obbligo del medico di rifiutare prestazioni la cui utilità non sia scientificamente dimostrata, consegue il disconoscimento del diritto del paziente di scegliere il trattamento che, a suo giudizio, meglio degli altri realizza il suo interesse. È logico ed evidente che la relazione medico-paziente debba tendere alla salute del malato⁶³⁷. Tuttavia, questa tesi erra nel voler perseguire questo obiettivo attraverso

⁶³⁴ G. M. Vergallo, op. cit., 29 ss.

⁶³⁵ G. M. Vergallo, op. cit., 37 ss.

⁶³⁶ F. Mantovani, nella "*Libertà di cura e responsabilità del medico*", in *Toscana Medica*, 16 settembre 1998, sostiene che la libertà di non curarsi e di scegliere tra terapie collaudate ed alternative di incerta affidabilità scientifica spetta al paziente solo quando "*egli sia, per così dire, medico e farmacista di sé stesso, provvedendo cioè all'autotrattamento manu propria*". In proposito, sembra di poter eccepire che quest'interpretazione rinneghi la natura di principio generale propria dell'art. 32, comma, Cost.: se è vietato obbligare qualcuno a sottoporsi ad un trattamento sanitario, tale divieto deve valere sia nei casi in cui il trattamento possa essere praticato dal malato su sé stesso, sia quando la prestazione debba essere eseguita su di lui da un altro soggetto a ciò abilitato. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 37 ss.

⁶³⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 37 ss.

l'individuazione dei diritti e degli obblighi di cui il medico ed il paziente sono titolari nell'ambito del loro rapporto, anziché attraverso il dialogo. Solo quest'ultimo, infatti, può realizzare simultaneamente sia la protezione della salute, sia la tutela della libertà di autodeterminazione, in quanto comporta la comunicazione al paziente delle ragioni per cui un trattamento è preferibile rispetto agli altri e permette al medico di conoscere i motivi per cui l'assistito predilige la terapia meno indicata⁶³⁸. Di regola, allora, l'“alleanza terapeutica” dovrebbe essere raggiunta sul trattamento scientificamente più affidabile. Secondo altro orientamento dottrinale, rientrano nelle facoltà di rifiuto i casi in cui il medico sia richiesto di prestare cure non collaudate o pericolose, o comunque non condivise secondo scienza ed esperienza, ferma restando la responsabilità del professionista nel caso di diniego⁶³⁹. A fronte di tali richieste, il sanitario è titolare del diritto all'“obiezione di coscienza”, espressamente riconosciuto dall'art. 22 codice deontologico medico, in base al quale il sanitario può rifiutare la propria opera quando gli siano “*richieste prestazioni che contrastino con la sua coscienza o con il suo convincimento clinico*”, a meno che il rifiuto esponga la persona assistita ad un “*grave ed immediato nocimento per la salute*”⁶⁴⁰.

2.4 Le eccezioni alla regola del consenso del paziente

In questa sede è necessario, per una più profonda comprensione, trattare brevemente di alcune eccezioni in presenza delle quali, nonostante il dissenso del paziente, è lecito l'intervento del medico, il quale è esonerato dall'obbligo di acquisire il consenso informato: lo stato di necessità, i trattamenti sanitari obbligatori e l'incapacità del

⁶³⁸ G. M. Vergallo, op. cit., 37 ss.

⁶³⁹ M. Portigliatti Barbos, “*Diritto di rifiutare le cure*”, in *Dig. Disc. Pen.*, volume IV, Torino, 1990, 27, trova applicazione di questa regola nel caso in cui il medico non condivida il giudizio sulla necessità del trattamento sanitario obbligatorio di un infermo di mente ex art. 33 della legge n. 833/78. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 37 ss.

⁶⁴⁰ E. Palermo Fabris, “*Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale. Profili problematici del diritto all'autodeterminazione*”, op. cit., 176, secondo la quale un'ulteriore forma di obiezione di coscienza può essere riscontrata nell'art. 25 della legge n. 833/1978, che riconosce al medico il diritto di recedere, purché motivatamente, dal rapporto curativo. L'art. 28 del c.d.m. individua come presupposto della rinuncia del medico l'aver avuto prova di sfiducia da parte del paziente o dei suoi legali rappresentanti, se minore o incapace, e precisa che comunque l'obbligo di cura e di assistenza, ferma restando la regola del consenso, persiste finché non sia sostituito da altro collega. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 2007, 37 ss.

paziente di esprimere un valido consenso o dissenso, l'ultimo dei quali risulta essere fondamentale ai fini della nostra trattazione⁶⁴¹. Secondo una consolidata impostazione giurisprudenziale, anche quando il medico viola la regola del consenso informato, il trattamento terapeutico è lecito se ricorrono gli elementi costitutivi della scriminante dello stato di necessità, ossia nei casi in cui la prestazione medica è necessaria per salvare il paziente “*dal pericolo attuale di danno grave alla persona*”, il quale non sia stato volontariamente causato dal professionista, “*né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo*” (art. 54 c.p.)⁶⁴². L'interpretazione tradizionale, e tuttora prevalente, di questa disposizione spiega che la mera “indicazione” del trattamento dal punto di vista clinico-scientifico, in assenza di imminente pericolo di un danno grave alla persona, non solleva da responsabilità il medico che abbia ommesso di informare il paziente e di acquisirne il consenso⁶⁴³. I requisiti, infatti, di attualità del pericolo ed inevitabilità del danno inducono a prediligere l'applicazione restrittiva dell'art. 54 c.p., come riferito a situazioni estreme in cui vi sia la necessità di un intervento tempestivo, che dovrà essere comunque ridotto a quanto indispensabile per evitare esiti infausti⁶⁴⁴. L'accertamento della sussistenza in concreto dell'urgenza deve essere condotto *ex ante*, ossia senza considerare le evoluzioni della situazione intervenute dopo la condotta di cui la liceità è valutata alla luce del parametro codicistico richiamato⁶⁴⁵. Ogni elemento deve essere valorizzato e relazionato con gli altri nell'ambito della fattispecie pratica, dalle caratteristiche nosografiche del processo morboso, alla qualifica del medico; dalle condizioni del tempo del suo operare, all'eventuale concorso di collaboratori ed ausiliari⁶⁴⁶; dallo strumento disponibile, alle esigenze terapeutiche del caso, ecc., ma questa minuziosa ricostruzione dei dati di fatto deve essere riferita e limitata al momento nel quale vennero formulati i giudizi

⁶⁴¹ R. Riz, “*Medico (responsabilità penale del)*”, in *Enc. Giur., Treccani*, Roma, 1999, 9. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 2007, 37 ss. Si fa, inoltre, rinvio al paragrafo dedicato all'incapacità naturale ed alla sezione interamente dedicata al consenso informato in psichiatria.

⁶⁴² G. M. Vergallo, op. cit., 2007, 37 ss.

⁶⁴³ G. Iadecola, “*Potestà di curare e consenso informato*”, Padova, 1998, 64. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 2007, 37.

⁶⁴⁴ Proprio su questi requisiti si concentrano le critiche di G. Vassalli, in “*Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico*”, op. cit., 98, secondo il quale gran parte dei trattamenti medico-chirurgici tende alla prevenzione di pericoli futuri che, tuttavia, sono concreti e gravi quanto quelli attuali. In tutti questi casi di necessità terapeutica, il medico non potrebbe intervenire perché la mancanza del requisito di attualità impedisce di considerare lecito l'intervento *ex art. 54 c.p.* La medesima conclusione vale, poi, secondo tale dottrina, quando il danno temuto potrebbe non verificarsi; in tale ipotesi manca il presupposto della inevitabilità del danno. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 37 ss.

⁶⁴⁵ G. M. Vergallo, op. cit., 37 ss.

⁶⁴⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 37 ss.

diagnostici e prognostici, onde stabilire se essi si presentavano all'epoca corretti⁶⁴⁷. Una parte della dottrina ritiene, tuttavia, che quest'istituto non possa trovare applicazione nell'ambito dell'attività sanitaria. Infatti, lo stato di necessità medica, inteso come "pericolo medicalmente accertato per la vita o danno irreversibile per la salute", non può coincidere necessariamente con l'istituto di matrice codicistica, in quanto la doverosità dell'intervento in caso di urgenza non può essere dedotta da parametri precostituiti di natura prevalentemente giuridica, ma deve essere valutata "per induzione dai dati biologici concretamente obiettivati"⁶⁴⁸. Dunque, seguendo questa tesi, nell'ambito dell'art. 54 c.p. non possono essere ricompresi automaticamente tutti i casi di emergenza medicalmente accertata, e a tal fine si evidenzia l'inidoneità del criterio del "*pericolo attuale di danno grave alla persona*" ad orientare il medico, poiché insoddisfacente dato che è indubbio che il sanitario sia obbligato ad intervenire, ma in discussione sono i presupposti dell'attualità del pericolo e della gravità del danno⁶⁴⁹. Un primo motivo di ostilità per la tesi che applica al trattamento sanitario lo stato di necessità *ex art. 54 c.p.* deriva dall'adesione alla dottrina della liceità in sé dell'attività medica, anche se chirurgica⁶⁵⁰. Infatti, l'applicazione della scriminante dello stato di necessità è coerente solo con la concezione della prestazione terapeutica come fatto illecito che, per poter essere eseguito, necessita appunto di una causa di giustificazione⁶⁵¹. La tesi della necessità medica appare invece più compatibile con la liceità in sé del trattamento medico, a meno di volere individuare nella necessità medica una scriminante non codificata, come abbiamo già ampiamente discusso, categoria,

⁶⁴⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 2007, 37 ss.

⁶⁴⁸ D. Rodriguez, "*Ancora in tema di consenso all'atto medico-chirurgico. Note sulla sentenza del 10 ottobre 1990 della Corte D'Assise di Firenze*", Riv. Med. Leg. 13, 1991, 1144, secondo il quale non è affatto contraddittorio stabilire i limiti dell'obbligatorietà dell'intervento del medico attraverso un criterio sanitario, in quanto, pur essendo la salute un valore di rilevanza giuridica e sommariamente tutelato, la determinazione del pregiudizio di tale bene è di pertinenza esclusivamente medica. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 2007, 37 ss.

⁶⁴⁹ D. Rodriguez, "*Ancora in tema di consenso all'atto medico-chirurgico. Note sulla sentenza del 10 ottobre 1990 della Corte D'Assise di Firenze*", op. cit., 1145, ad ulteriore conferma dell'impossibilità per l'art. 54 c.p. di fungere da guida dell'operato del medico in quanto inidoneo a racchiudere tutti i casi di emergenza terapeutica, propone anche il caso del traumatizzato cranico in coma con frattura scomposta di un arto che, se trattata tardivamente, magari per aspettare di acquisire il consenso al risveglio dal coma, guarirebbe con esiti invalidanti che sarebbero stati scongiurati da un intervento tempestivo. Inoltre, concorda con questa teoria anche un'autorevole dottrina penalistica che ritiene come l'art. 54 c.p. non possa essere applicato al trattamento medico, perché altrimenti si dovrebbe considerare scriminata anche la condotta del medico di espiantare un organo ad un malato per trapiantarla in un altro paziente; F. Mantovani, "*I trapianti e la sperimentazione nel diritto italiano e straniero*", 1974. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 2007, 37 ss.

⁶⁵⁰ G. M. Vergallo, op. cit., 2007, 37 ss.

⁶⁵¹ G. M. Vergallo, op. cit., 2007, 37 ss.

quest'ultima, particolarmente controversa⁶⁵². Un altro argomento a sostegno dell'irrelevanza dell'art. 54 c.p. nell'ambito dell'attività sanitaria può essere rintracciato nella funzione dello stato di necessità pensato dal legislatore, la quale appare incompatibile con lo stato di necessità medica. Infatti, mentre la situazione di urgenza clinica pone in capo al medico l'obbligo, e non la mera facoltà, di intervenire⁶⁵³, la concomitante sussistenza dei presupposti dell'art. 54 c.p. rende non punibile, ma nient'affatto obbligatoria, la condotta del professionista. Del resto, la doverosità dell'intervento non può essere messa in discussione in alcuni casi perché lasciare al medico la sola facoltà di agire determinerebbe un paradosso nel consenso informato, il quale pur essendo funzionale alla tutela della libertà di autodeterminazione del paziente, finisce con il permettere la medico di scegliere se intervenire o meno nelle ipotesi in cui il malato non possa esprimere la sua volontà⁶⁵⁴. Inoltre, l'applicazione dell'istituto dello stato di necessità si rivela insoddisfacente anche alla luce della sua disciplina civilistica. Infatti, la previsione di un indennizzo a favore del soggetto che subisce l'altrui azione necessitata *ex art. 2045 c.c.* appare rivolta alla ricerca di un bilanciamento di interessi compromesso da condotte ben diverse dalle prestazioni sanitarie, che sono per definizione dirette al recupero o alla conservazione della salute⁶⁵⁵. Un ulteriore motivo di inapplicabilità dell'art. 54 c.p. alle prestazioni terapeutiche sembra rintracciabile nel rapporto tra stato di necessità e consenso del paziente. Infatti, se si applicasse l'istituto codicistico, sarebbe lecito per il medico intervenire disinteressandosi di conoscere la volontà del paziente anche nel caso in cui, nonostante l'attualità del pericolo, fosse possibile acquisirne il consenso informato⁶⁵⁶. Dunque l'applicazione dell'articolo in questione si risolverebbe in uno svuotamento di tutela della libertà di autodeterminazione *ex art. 32, comma 2, Cost.* e si verificherebbe anche in caso di rifiuto del trattamento da parte del paziente. Applicando, difatti, la scriminante *ex art. 54 c.p.* l'intervento diventa lecito nonostante sia stato validamente rifiutato dalla persona su cui viene eseguito⁶⁵⁷. Al contrario, la categoria dello stato di necessità medica appare pienamente compatibile con la libertà di autodeterminazione del paziente, perché obbliga il medico ad intervenire senza consenso solo quando, in base alle condizioni cliniche del malato, i tempi richiesti dalla procedura di acquisizione del consenso

⁶⁵² G. M. Vergallo, op. cit., 37 ss.

⁶⁵³ Almeno nel caso di mancata acquisizione del consenso, ferma restando la controversia sul rapporto tra stato di necessità e rifiuto del trattamento. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 37 ss.

⁶⁵⁴ G. M. Vergallo, op. cit., 37 ss.

⁶⁵⁵ G. M. Vergallo, op. cit., 37 ss.

⁶⁵⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 37 ss.

⁶⁵⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 37 ss.

informato lo esponga al pericolo di un danno permanente⁶⁵⁸. Dunque, nel conflitto tra salute e libertà di scelta del paziente, la tutela della prima prevale solo quando sia impossibile realizzare entrambi i diritti del malato. Inoltre, non rientrando nell'art. 54 c.p., lo stato di necessità medica non esclude la rilevanza del valido rifiuto del paziente⁶⁵⁹. Queste sollecitazioni dottrinali trovano il loro eco anche nella giurisprudenza, secondo cui l'attività terapeutica, essendo autorizzata dall'ordinamento in quanto finalizzata alla protezione della salute *ex art. 32 Cost.*, è scriminata da uno stato di necessità ontologicamente intrinseco, senza che sia necessario fare riferimento alle cause di giustificazione codificate⁶⁶⁰. Inoltre, lo stato di necessità esplica la propria efficacia scriminante anche nei casi in cui la sussistenza dei presupposti rilevanti *ex art. 54 c.p.* sia erroneamente⁶⁶¹ supposta dal medico, purché tale errore non sia determinato da colpa. Tale ipotesi è stata prospettata nel caso di una paziente ricoverata per perdite ematiche e sottoposta dal primario ad intervento chirurgico di laparotomia per sospetta gravidanza extra-uterina. Sebbene l'intervento avesse accertato la presenza di una normale gravidanza intrauterina, il primario, senza acquisire il consenso della paziente, ha proceduto ad "annessiectomia sx", essendo l'annesso "di volume più che doppio e di aspetto micropolicistico". Dopo pochi giorni è stato "necessario svuotare la cavità uterina, con perdita del feto"⁶⁶². Si è pervenuti così alla conclusione che il primario fosse stato "fuorviato, nell'errata diagnosi di gravidanza extra-uterina, da un precedente errore dell'ecografista, oltre che da una sintomatologia coerente con l'ipotesi formulata, essendovi perdite ematiche e dolenzia"⁶⁶³. Per la Suprema Corte tale conclusione è compatibile con il proprio orientamento secondo cui l'art. 2236 c.c. non trova applicazione per "i danni conseguenti alla violazione, per negligenza, del dovere di informazione del paziente (...) al quale egli è tenuto in ogni caso"⁶⁶⁴. Infatti la mancata informazione ed acquisizione del consenso del paziente è dipesa non da negligenza od imprudenza del primario, "ma, al più, da imperizia non rilevante *ex art. 2236 c.c.*".

⁶⁵⁸ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 2007, 37 ss.

⁶⁵⁹ Nella prospettiva del superamento dell'art. 54 c.p. sembra porsi l'art. 8 della Convenzione d'Oviedo, che considera lecito l'intervento eseguito senza consenso non solo quando il trattamento sia necessario per salvare il paziente dal pericolo di un danno grave alla persona, ma anche quando a causa di una situazione di urgenza non è possibile ottenere il consenso. Ciò induce a ritenere, se applicata, che lo stato di necessità relativo all'attività sanitaria abbia confini più estesi rispetto all'istituto di matrice codicistica, E. Pasquinelli, "La responsabilità medica", in P. Cendon, "Persona e danno", Milano, 2004, 4890. Si veda G. M. Vergallo, *op. cit.*, 2007, 37 ss.

⁶⁶⁰ Cass. pen., n. 528/2002, in *Studium Juris*, 2003. Si veda G. M. Vergallo, *op. cit.*, 2007, 37 ss.

⁶⁶¹ Il cosiddetto "stato di necessità putativo". Si veda G. M. Vergallo, *op. cit.*, 2007, 37 ss.

⁶⁶² Cass. civ., n. 12621/1999, in *Foro It.*, 2000. Si veda G. M. Vergallo, *op. cit.*, 2007, 37 ss.

⁶⁶³ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 2007, 37 ss.

⁶⁶⁴ Cass. civ., n. 6464 del 1994, in *Rass. Dir. Civ.*, 1996. Si veda G. M. Vergallo, *op. cit.*, 2007, 37 ss.

Quindi il giudice ha fondato sull'art. 2236 c.c. la sua pronuncia che l'errore del primario sulla sussistenza dello stato di necessità fosse esente da colpa⁶⁶⁵. Proseguendo, oltre allo stato di necessità, la mancanza del consenso informato non espone il professionista a responsabilità nei casi di trattamenti sanitari obbligatori espressamente previsti dalla legge, purché nei limiti dell'indispensabile rispetto per la persona del paziente, come impone l'art. 32, comma 2, Cost., il quale costituisce un importante presupposto di legittimità, trovando conferma nella legge n. 180/1978 poi ripresa dalla 833/1978, che accomunano sotto la medesima disciplina sia i trattamenti che gli accertamenti sanitari⁶⁶⁶. L'intervento del medico si legittima nella libera e consapevole accettazione del diretto interessato, il quale è il solo deputato ad operare le scelte in ordine alla propria vita, sia per quanto riguarda la qualità che la durata⁶⁶⁷. Le eccezioni a questo principio, che può essere definito "volontaristico", per essere compatibili con il nostro ordinamento giuridico devono essere espressamente previste dalla legge dello Stato. Di conseguenza, nessun trattamento sanitario può essere dichiarato obbligatorio da un decreto ministeriale, né da una legge regionale. Tale riserva di legge si spiega in considerazione dell'importanza che il legislatore riconosce alla libertà di autodeterminazione e della rilevanza pubblica generalizzata delle ipotesi di trattamento sanitario obbligatorio⁶⁶⁸. Infatti, solo esigenze di sanità pubblica, che ricorrono nei casi di malattie mentali, vaccinazioni obbligatorie, AIDS, prevenzione, cura e riabilitazione dalla tossicodipendenza, ecc., permettono nell'interesse della collettività di prescindere dal consenso del diretto interessato⁶⁶⁹. Tuttavia, anche in queste situazioni il medico deve attenersi al limite invalicabile del rispetto della persona, *ex art. 32, comma 2, Cost.*, adeguarsi il più possibile alla volontà del paziente, nonché astenersi dall'offendere i suoi diritti civili e politici costituzionalmente garantiti, *ex art. 1, comma 2, legge n. 180/1978*⁶⁷⁰. In dottrina si distingue tra trattamenti sanitari meramente

⁶⁶⁵ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 2007, 37 ss.

⁶⁶⁶ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 2007, 37 ss.

⁶⁶⁷ M. Bilancetti, "*La responsabilità penale e civile del medico*", *op. cit.*, 506, fa riferimento a quei trattamenti, anche dolorosi, che la scienza moderna permette di adottare per fronteggiare malattie devastanti ed in fasi di improbabile reversibilità. Si veda G. M. Vergallo, *op. cit.*, 2007, 37 ss.

⁶⁶⁸ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 2007, 37 ss.

⁶⁶⁹ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 2007, 37 ss.

⁶⁷⁰ Secondo, F. Mantovani, "*Delitti contro la persona*", Padova, 1995, 108, affinché il trattamento sanitario obbligatorio non violi il requisito del rispetto della persona, devono sussistere sei condizioni: 1) l'idoneità, scientificamente fondata, del trattamento ad apportare un beneficio sia la paziente che alla collettività; 2) l'insufficienza di altre terapie; 3) la limitazione della coazione al solo accertamento dello stato di salute, e non anche alla cura; 4) la giustificazione socio-sanitaria, e mai discriminatoria, del trattamento; 5) l'utilizzo di modalità che salvaguardano "la persona da sacrifici non necessari ai propri interessi, quali la riservatezza ed il pudore"; 6) "l'assicurazione del trattamento obbligatorio attraverso

obbligatori e trattamenti sanitari coattivi, nel senso che limitano la libertà personale, garantita *ex art.* 13 Cost. Dunque, quando il trattamento sanitario diventa coattivo, perché eseguito contro la volontà del paziente, la liceità dell'intervento medico presuppone non già la sola riserva relativa di legge *ex art.* 32 Cost., rinforzata per l'ulteriore limite dato dall'ineludibile rispetto della persona, bensì la riserva assoluta di legge e la riserva giurisdizionale, volute dall'art. 13, comma 2, Cost. per tutte le restrizioni della libertà personale⁶⁷¹. Questa tesi trova sostegno negli artt. 14 e 16 Cost. Il primo, infatti, stabilendo che la legge può limitare la libertà di circolazione “*per motivi di sanità e di pubblica sicurezza*”, dimostra che l'art. 32 Cost. è estraneo alla disciplina delle restrizioni obbligatorie alla libertà di circolazione dettate da motivi di sanità, alle quali, appunto, è dedicato l'art. 16 Cost.⁶⁷² Dunque, poiché l'art. 32 Cost. non riguarda neanche tutte le limitazioni obbligatorie di libertà, “*a fortiori* nell'art. 32 Cost. non possono trovare fondamento o giustificazione restrizioni addirittura coercitive”⁶⁷³. L'art. 14 Cost. inoltre stabilisce che le ispezioni, le perquisizioni ed i sequestri domiciliari possono essere eseguiti anche in mancanza di provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria, purché ricorrano “*motivi di sanità e pubblica incolumità*”⁶⁷⁴. Conseguentemente, poiché l'art. 13 Cost. non contiene un'analoga eccezione al divieto di limitazione di libertà personale, il raffronto tra le due disposizioni porta a ritenere che le restrizioni della libertà personale necessitino sia dell'espressa previsione di legge, sia del provvedimento giurisdizionale motivato, anche quando siano dettate da motivi di sanità. In senso contrario, si sostiene che tutti i trattamenti sanitari, obbligatori e coercitivi, debbano sottostare alle garanzie previste dall'art. 32 Cost., comma 2, e non a quelle sancite dall'art. 13 Cost., perché la prima rappresenta una norma speciale rispetto alla generale disciplina delle limitazioni alla libertà personale contenuta nell'art. 13 Cost.⁶⁷⁵ Dunque, ogniqualvolta la restrizione della libertà personale sia dettata da una finalità sanitaria, deve trovare applicazione l'art. 32, comma 2 Cost. Una conferma di questa conclusione sembra ricavabile dall'art. 13, comma 3, Cost., che, attribuendo solo all'autorità di pubblica sicurezza, e non anche all'autorità sanitaria, il potere di adottare provvedimenti provvisori limitativi della

sanzioni indirette e non anche l'*esecuzione coattiva* in forma specifica”. Si veda G. M. Vergallo, *op. cit.*, 2007, 37 ss.

⁶⁷¹ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 2007, 37 ss.

⁶⁷² G. M. Vergallo, *op. cit.*, 2007, 37 ss.

⁶⁷³ A. Pace, “*Libertà personale (dir. Cost.)*”, in *Enc. Dir.*, Milano, 1974, 296. Si veda G. M. Vergallo, *op. cit.*, 2007, 37.

⁶⁷⁴ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 2007, 37 ss.

⁶⁷⁵ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 2007, 37 ss.

libertà personale, induce a ritenere che tale articolo prenda in considerazione solo le restrizioni della libertà personale dettate da esigenze di ordine pubblico, e non da motivi sanitari⁶⁷⁶. Appare allora logico e coerente che nell'art 13 Cost., diversamente dall'art. 14 Cost., manchi il riferimento ai motivi di sanità; quindi, tale mancanza non può essere utilizzata per dimostrare che le limitazioni alla libertà personale dovute a motivi sanitari rientrino nell'art. 13 Cost.⁶⁷⁷ La mancanza, nell'art. 32 Cost., della riserva di giurisdizione si spiega con la natura tecnico-scientifica e discrezionale della valutazione che è alla base della scelta di imporre un determinato trattamento sanitario, essendo necessario stabilire se quella patologia costituisca un pericolo per la salute del singolo e/o della collettività. Infatti la partecipazione dell'organo giurisdizionale avrebbe potuto contribuire ben poco in questo genere di decisioni, non avendo l'indefettibile competenza clinica, ed anzi avrebbe potuto portare a risolvere in maniera contrapposta casi analoghi⁶⁷⁸. Tuttavia, tale mancanza della riserva di giurisdizione non sembra comportare il rischio di una carenza di garanzia per la libertà di autodeterminazione⁶⁷⁹. Infatti, la Corte costituzionale ha stabilito che l'imposizione *ex lege* di un trattamento sanitario, per essere compatibile con l'art. 32 Cost., deve essere diretta "non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, e purché esso non incida negativamente – salvo che in misura temporaneo e tollerabile – sullo stato di salute del soggetto⁶⁸⁰. Dunque, l'elemento comune a tutte le fattispecie legali di trattamento sanitario obbligatorio è la sussistenza di un interesse collettivo per la cui tutela è necessario eseguire un determinato trattamento sanitario sul singolo paziente o sulla comunità, a seconda dei casi⁶⁸¹. Anche secondo la dottrina essendo la salute un diritto della persona ed interesse della collettività *ex art. 32 Cost.*, l'obbligatorietà del trattamento sanitario presuppone che quest'ultimo realizzi non solo l'interesse dell'individuo, ma anche l'interesse collettivo finalizzato ad evitare un pericolo per i consociati⁶⁸². Inoltre il carattere obbligatorio del trattamento non esclude completamente la tutela della libertà di autodeterminazione del paziente, dovendosi l'attività sanitaria comunque svolgere nel rispetto dell'art. 32 Cost. e delle singole leggi che nel tempo hanno sancito

⁶⁷⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 2007, 37 ss.

⁶⁷⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 2007, 37 ss.

⁶⁷⁸ G. M. Vergallo, op. cit., 2007, 37 ss.

⁶⁷⁹ G. M. Vergallo, op. cit., 2007, 37 ss.

⁶⁸⁰ Corte Cost., n. 307/1990, in *Foro It.* Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 2007, 37 ss.

⁶⁸¹ G. M. Vergallo, op. cit., 2007, 37 ss.

⁶⁸² G. M. Vergallo, op. cit., 2007, 37 ss.

l'obbligatorietà di determinato trattamenti⁶⁸³. Infatti, se non sussistono i requisiti di liceità del trattamento sanitario obbligatorio eseguito nel caso concreto, la regola del consenso torna ad avere piena efficacia ed a fondare la responsabilità del medico, come stabilito dalla giurisprudenza in materia di trattamento delle malattie psichiatriche, di cui si tratterà in seguito. Tra le principale fattispecie di obbligatorietà sono rappresentate le vaccinazioni obbligatorie (l. 292/1963), il trattamento delle malattie sessualmente trasmissibili, tubercolosi e lebbra (l. n. 897/1956), e le malattie mentali (artt. 34 e 35 l. 833/1978; l. 180/1978)⁶⁸⁴.

3. IL CONSENSO INFORMATO COME CONQUISTA DI CULTURA E DI CIVILTÀ DEI VALORI DELLA PERSONA

Il sintagma “consenso informato” – il cui attributo “informato” è ciò che maggiormente rileva nel legame pertinenziale che esso ha con la tematica trattata – definisce in modo chiaro i termini essenziali del problema⁶⁸⁵. La fattispecie giuridicamente rilevante può essere in generale definita secondo un articolato che potrebbe essere il seguente⁶⁸⁶: i) una manifestazione di volontà che sia particolarmente necessaria per instaurare e per garantire in ogni momento la correttezza del rapporto giuridicamente rilevante; ii) una volontà che si sia formata sulla base di valutazioni fondate su una informazione esauriente, chiaramente comunicata e compiutamente acquisita; iii) una determinazione che sia il consapevole risultato di valutazioni adeguate e a tutto campo su una situazione di specifico interesse; iv) una manifestazione che sia funzionalmente ed efficacemente rivolta a legittimare l'attività altrui per uno scopo comune, che soprattutto deve essere condiviso, anche se per esigenze non coincidenti ma necessariamente convergenti⁶⁸⁷. Si parla di consenso quando nell'ambito della titolarità di una situazione giuridica

⁶⁸³ G. M. Vergallo, op. cit., 2007, 37 ss.

⁶⁸⁴ G. M. Vergallo, op. cit., 2007, 37 ss. Si veda inoltre il paragrafo 7 presente nel terzo capitolo dedicato alla tematica.

⁶⁸⁵ G. M. Vergallo, op. cit., 2007, 37 ss.

⁶⁸⁶ G. Toscano, “*Informazione, consenso e responsabilità sanitaria*”, Milano, 2006, 77 ss. AA. VV., “*Problemi di responsabilità sanitaria*”, Milano, 2007, 57 ss.

⁶⁸⁷ G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

soggettiva sussista un diritto che condiziona e che quindi si pone come necessario per conferire ad altri una facoltà ad agire e quindi una liceità ad incidere nell'area giuridica del consenziente⁶⁸⁸. La terminologia in uso che si sostanzia nei lemmi come “adesione”, “assenso” ed altro è concettualmente insufficiente e purtroppo rivela una cautela che indica una manifesta incertezza sotto il profilo culturale: anche il Codice di Deontologia Medica all'art. 30 si esprime in termini di “adesione” alle proposte diagnostiche terapeutiche⁶⁸⁹. Si parla di informazione perché è necessaria e tuttavia diversamente articolata e comunicabile in relazione al ruolo delle parti, alla loro differente preparazione in generale e, in particolare, rispetto al problema da affrontare, alla oggettiva specificità e difficoltà sempre insite nel problema, il quale il consenziente deve risolvere e che dipende dalla sua natura e dalla sua incidenza su una situazione che lo stesso consenziente deve affrontare per la tutela di un proprio determinato bene⁶⁹⁰. Di qui si può comprendere come tutti gli aspetti di carattere soggettivo ed oggettivo assumano rilievo speciale quando l'interesse centrale sia costituito dalla tutela del bene della salute ed in generale del diritto all'integrità fisica della persona⁶⁹¹. Quello alla salute è costituzionalmente previsto come diritto fondamentale dell'individuo: l'art. 32 della nostra Costituzione ne è la fonte normativa primaria per tutto l'ordinamento giuridico, come già anticipato⁶⁹². Da un'attenta lettura all'affermazione dei diritti inviolabili ed irrinunciabili della persona appare che il primo rilievo è dedicato nella norma primaria ad un diritto costituzionale affermato in sé e per sé, un diritto attribuito direttamente alla persona e come tale tutelato⁶⁹³. Come interesse della collettività è tutelato solo in modo mediato e strumentale per il principio di coincidenza dei fini individuali e dei fini sociali, per la qual cosa, anche se non codificato un dovere alla salute, non può esistere un parallelo diritto ad essere malati, soprattutto, e non solo comunque, quando determinate patologie mettano a rischio la salute di altri; non solo ma anche quando la patologia metta a rischio la salute e la vita, perché in una società esistono obblighi di solidarietà e obblighi di garanzia, che non possono essere considerati a senso unico esclusivo, ma il cui adempimento non può essere impedito *sic et simpliciter* da un diritto di libertà del singolo, che poi sottende lo stesso diritto della tutela della propria salute: in tutti gli aspetti il diritto di libertà del singolo trova i limiti

⁶⁸⁸ G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

⁶⁸⁹ G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

⁶⁹⁰ G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

⁶⁹¹ G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

⁶⁹² G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

⁶⁹³ G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

in corrispondenti obblighi che deve assumersi di fronte alla società e che non può prescindere per altro da quegli obblighi posti a carico della società che sono destinati a realizzare la migliore garanzia della tutela dello stesso diritto di libertà nella sua forma di espressione particolare in uno specifico campo⁶⁹⁴. Sempre per l'art. 32 Cost. non sono ammessi trattamenti sanitari obbligatori, che non siano giustificati dal punto di vista sanitario e che non possano essere necessari per collettività. Come garanzia costituzionale devono essere espressamente previsti dalla legge e, tuttavia, la legge non "può violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana", cioè la legge non deve violare i diritti della persona costituzionalmente previsti e in particolare lo stesso diritto alla salute ed alla sua tutela, motivo per cui sono poste appunto limitazioni alle interferenze degli interessi della collettività, se ed in quanto si configurino come lesive della posizione giuridica soggettiva del singolo, senza una apprezzabile giustificazione volta alla tutela diretta o indiretta della singola persona: negli accertamenti e nei trattamenti sanitari obbligatori l'oggetto e l'ampiezza di contenuto dell'informazione non mirano ad ottenere una scelta dell'interessato-obbligato, che sia cioè fondata su una richiesta di cura necessitata o elettiva, ma ad ottenerne il consenso mediante la persuasione ad una condivisione di un interesse riconosciuto giuridicamente rilevante per la generalità dei cittadini e conseguentemente anche proprio⁶⁹⁵. Il consenso informato non è regolato dalla disciplina che regola il rapporto di cura e di assistenza⁶⁹⁶. Si esclude inoltre che il dovere di informazione possa configurare un'obbligazione precontrattuale; altra tesi superata dalla giurisprudenza tendeva a configurarlo nella sua natura non contrattuale, che colloca il dovere fuori da un rapporto contrattuale, a cui deve considerarsi giuridicamente estraneo, perché ha il suo diretto riferimento e lettura nell'articolo 32 Cost., che tutela la salute ed ogni diritto che sia il suo corollario, costituendone l'insieme delle garanzie⁶⁹⁷. Al contrario, la giurisprudenza dominante che si autoqualifica come "*ius receptum*"⁶⁹⁸ considera informazione e correlato consenso come obbligazioni contrattuali a carattere strumentale, da ricondurre a quella visione

⁶⁹⁴ G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

⁶⁹⁵ G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

⁶⁹⁶ G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

⁶⁹⁷ G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

⁶⁹⁸ Cioè dogma di diritto, acquisito come indiscutibile finché dura e finché non sia negato dalla sensibile percezione che qualcosa sta cambiando, percezione che può confondersi con la volontà di voler cambiare le regole in modo subliminale torcendo il diritto positivo e ciò al di fuori dei limiti di una corretta valutazione sotto il profilo esclusivamente giuridico, cioè della interpretazione della norma positiva senza forzature che possono sconfinare in un'attività non propria e sostanzialmente legislativa, che ha come risultato di provocare un'autentica incertezza del diritto, fondata su "rationes" estranee ad una corretta ed asettica attività di applicazione del diritto positivo. Si veda G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

pancontrattualistica dei rapporti giuridici che ha portato ad affermare con la sentenza n. 589 del 1999 della Corte Suprema che il contatto sociale può configurare un contratto di fatto in ipotesi di rapporto tra paziente e medico dipendente di struttura sanitaria⁶⁹⁹. La generale definizione che si è proposta di consenso informato assume caratteristiche peculiari quando nel rapporto di cura e di assistenza si affianca la necessità di tutela di due diritti primari, come il diritto di autodeterminazione del paziente, anche come diritto di libertà – la libertà politica costituisce la sostanza di ogni diritto, senza libertà non ci sono diritti esercitabili per il cittadino e quindi per la persona – ma soprattutto come il diritto alla salute ed alla integrità fisica che necessariamente è inciso da un’attività medica che caratterizza un rapporto tra medico e paziente indipendentemente da una qualifica contrattuale o extracontrattuale del rapporto medesimo⁷⁰⁰. Bisogna infatti rilevare che consenso ed informazione mirata a formarlo e a qualificarlo nella sua correttezza, validità ed efficacia giuridica non sono assimilabili per disciplina al rapporto – anche quando sia contrattuale perché esista ad esempio con la struttura – di cura e di assistenza, in cui peraltro hanno la genesi fattuale: dunque, devono poter essere gestiti con una autonoma disciplina in cui debbono avere un assoluto rilievo⁷⁰¹. Tuttavia, il rapporto di cura, di natura contrattuale o extracontrattuale, non è sufficiente per la tutela diretta del diritto alla salute, che si sostanzia come principio di scelta libera e consapevole nel diritto di autodeterminazione in ordine al proprio corpo, poiché ciò significa avere la potestà di decidere se correre o meno rischi che possono mutare irreversibilmente una condizione attuale di vita che, quanto a scelta personale in termini di qualità della vita stessa, può essere considerata la più desiderabile dalla persona⁷⁰². L’interessato, cioè il soggetto la cui salute è in gioco, potrebbe non volere accettare determinati rischi, indipendentemente dal fatto che siano esigui o meno, possibili o probabili: sotto questo profilo è giustificata l’irrilevanza affermata dalla giurisprudenza di dati statistici come indici di limitata frequenza di esiti avversi o infausti. Si tratta del problema del nesso di causalità in ipotesi di omissione e di criterio di ricostruzione controfattuale della vicenda – ipotizzando con alta probabilità logica, quasi prossima alla certezza, cosa si sarebbe verificato se l’atto medico dovuto fosse stato compiuto – con la considerazione dell’incidenza sul nesso eziologico della mancata o viziata scelta da parte del paziente, non escludendo l’ipotesi di quale sarebbe stata in ogni caso la

⁶⁹⁹ Cass. civ., n. 589 del 1999; in *Danno e resp.*, 1999, 11, 294; *ibidem*, 1, 77, con nota di De Matteis. Si veda G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

⁷⁰⁰ G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

⁷⁰¹ G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

⁷⁰² G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

scelta del paziente, la più attendibile anche sulla base delle circostanze obiettive in cui avrebbe potuto essere consapevolmente espressa: in particolare la probabilità statistica può essere usata *ad adiuvandum*, ma non può essere l'esclusivo valore di riferimento da assumere come criterio, tenuto conto che se ne dovrebbe pur sempre provare l'affidabilità in relazione ai criteri di rilevazione e di correlazione con lo specifico e concreto caso clinico⁷⁰³. I dati statistici come indici di limitata frequenza di esiti avversi o infausti non hanno rilievo perché non possono giustificare silenzi o reticenze tali da far ritenere, pur in base ad una ragionevole previsione di un implicito consenso, come non necessaria un'esatta informazione all'interessato⁷⁰⁴. Un efficace tutela del diritto primario della salute anche in termini di autotutela, considerato nella sua esposizione a lesioni in ambito medico e soprattutto chirurgico, sia conseguibile indipendentemente dalla disciplina del rapporto di cura: l'area contrattuale, intesa e considerata in giurisprudenza come la più qualificata ad assimilare consenso e dovere di informazione ad esso mirato, appare giuridicamente del tutto inadeguata ad una corretta valutazione dell'esistenza di lesioni di diritti primari, essendo più versata a regolare interessi specifici dei contraenti creati con preventivi accordi e realizzati con una disciplina che li contemperi nel gioco dei diritti e dei doveri da quegli accordi nascenti⁷⁰⁵. Si tratta di una tutela che corre parallelamente al rapporto di cura, legittimandone le iniziative e le attività caratteristiche, le quali, pur essendo sempre incidenti sulla integrità fisica dell'interessato, possono essere eseguite come prestazioni ineccepibili sotto il profilo delle scelte tecniche e dell'esecuzione, configurando così un esatto adempimento delle obbligazioni assunte di curare; e tuttavia nel contempo le stesse prestazioni in tutto o in parte potrebbero configurarsi come non legittimate da un consenso dell'interessato o, che è la stessa cosa, legittimate solo apparentemente da un consenso viziato da carenza o inesattezza di informazione⁷⁰⁶. Si può affermare dunque, che, se non si ritiene di condividere che una tutela come quella in argomento deve prescindere dal rapporto di origine contrattuale – nei casi più gravi può determinarsi lungo l'iter sanitario una pluralità di rapporti –, si rischia di non dare alla violazione del diritto all'autodeterminazione quella autonomia che deve avere, quando le prestazioni sanitarie possono essere qualificate come inadempimenti, divenendo la violazione stessa rilevabile solamente come una sorta di aggravante, che può essere correlata

⁷⁰³ G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

⁷⁰⁴ G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

⁷⁰⁵ G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

⁷⁰⁶ G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

automaticamente o implicitamente alla valutazione della prestazione senza un ragionevole nesso di causa⁷⁰⁷. Si rischia di fare in modo di riconoscere come inadempimenti quelle prestazioni che non sono tali, così come ogni sorta di comportamento che può essere percepito come prevaricatorio⁷⁰⁸. Può infine succedere di non riconoscere questa tutela quando si possa identificare nella fattispecie il carattere di conformità ed esattezza di un adempimento, che però può non corrispondere alle aspettative e alle scelte in termini di qualità della vita dell'interessato, il quale può dolersi qualora dimostri di non essere stato coinvolto nella decisione con una informativa idonea ed adeguata a creare una determinazione ed un consenso consapevole con una valutazione di scelte che riguardano prima di tutto il paziente e la sua esistenza⁷⁰⁹. Diversamente, si finisce per riferire tutte le conseguenze dannose dell'operato del medico come eziologicamente connesse alla carenza di valido, informato, consapevole consenso⁷¹⁰. Dunque, si perviene così a sovrapporre due piani diversi di valutazione: quello relativo, e contrattuale, dell'accertamento positivo o negativo, totalmente o parzialmente, dell'adempimento della prestazione sanitaria; e quello assoluto, autonomo e tipicamente extracontrattuale, della tutela dei diritti fondamentali che hanno un referente costituzionale indipendente dalla valutazione della fattispecie contrattuale, la quale ha la sola funzione, sotto questo profilo di indagine, di fornire gli elementi, giuridicamente e funzionalmente rilevanti, di fatto e di valutazione della sussistenza o meno di una violazione di quei diritti⁷¹¹.

3.1 I requisiti di validità dell'informazione e del consenso: introduzione

Occorre, a questo punto, procedere con un'analisi sui requisiti dell'informazione e del consenso, sulla necessità di una procedura e sulla integrazione tra cartella clinica e procedura legale di formazione ed acquisizione del consenso⁷¹². Anche se è chiaro ormai, bisogna aver presente che il principio di autolegittimazione del medico e

⁷⁰⁷ G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

⁷⁰⁸ G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

⁷⁰⁹ G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

⁷¹⁰ G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

⁷¹¹ G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

⁷¹² G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

principio di autodeterminazione del paziente caratterizzano due posizioni giuridiche soggettive indipendentemente da un rapporto giuridico contrattuale o extracontrattuale che sia⁷¹³. Bisogna precisare che il consenso del paziente non è condizione di legittimazione dell'attività del medico, che ha un *curriculum* di formazione e di attestazione che lo autolegittima: il consenso del paziente è invece condizione di liceità di un atto medico perché egli è portatore di un diritto di autodeterminazione in ordine alle scelte che possono incidere in qualche modo sulla sua salute e sulla sua integrità fisica⁷¹⁴. Si può anche riflettere che il rapporto medico-paziente sta evolvendo da una condizione strutturale di squilibrio storico-sociale e ci si riferisce al paternalismo alimentato da una certa "comprensione" risalente da parte della giurisprudenza⁷¹⁵, una condizione data da una asimmetria di preparazione e di formazione che caratterizza i protagonisti⁷¹⁶. Ora il rapporto medico-paziente deve evolvere, assumendo la centralità del consenso informato come valore, ad una condizione di "equilibrio costituzionale", caratterizzato da due posizioni che nella Carta trovano una valenza ed un confronto positivi che rafforzano l'una, quella del paziente, e pongono un giusto limite negativo all'altra, quella del medico, la cui superiore capacità viene equitativamente e, nel contemperamento reciproco di interessi, maggiormente delineata, trasformandola nello svolgersi dinamico del rapporto da una posizione di autorità ad una posizione autentica di autorevolezza⁷¹⁷. Essa per essere tale deve essere alimentata da fiducia consapevole del paziente, fiducia che può essere costruita in vari modi, considerando la condizione soggettivamente ed oggettivamente drammatica del soggetto. Si tratta di un rapporto giuridico, dunque, soprattutto e preminentemente interpersonale in cui lo squilibrio informativo viene colmato come obbligo di garanzia e da parte della struttura sanitaria in generale e da parte del medico nella specificità del caso concreto⁷¹⁸. Questo obbligo si instaura su chi sa nei confronti di chi non sa, istituisce un equilibrio e sul piano

⁷¹³ G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

⁷¹⁴ G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

⁷¹⁵ La stessa giurisprudenza se ne pente, considerando l'accanimento "terapeutico" di carattere culturale, quasi a voler cancellare con un rifiuto il passato. Basterebbe giustificare questa "comprensione" con l'accettazione, nel proprio inconscio, che la cultura muta e mutano i tempi e noi ne siamo condizionati. Questo non giustifica poi che si debbano assumere atteggiamenti di controtendenza che hanno il sapore non dell'equità, bensì di una sorta di giustizialismo che caratterizza istintivamente ogni iniziale reazione, espressa o meno, a comportamenti ingiusti e lesivi della persona. Ciò non significa che si debbano contorcere o distorcere i principi di diritto: si consideri la tesi del contatto sociale come contratto di fatto e la tesi del criterio di vicinanza o prossimità della prova, nonché quella dell'interpretazione dell'art. 1218. Tutte queste sono mirate alla disapplicazione di fatto del disposto dell'art. 2697 c.c. ed all'inversione dell'onere probatorio. Si veda G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

⁷¹⁶ G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

⁷¹⁷ G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

⁷¹⁸ G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

giuridico e sul piano fattuale, il quale obbligo deve essere interpretato in funzione dell'obiettivo primario della responsabilizzazione del paziente, di preparazione, cioè ad una scelta che deve essere condivisa⁷¹⁹.

3.1.1 L'abilitazione del medico e del professionista sanitario

Il primo e fondamentale requisito, la cui mancanza rende invalido il consenso in presenza di tutti gli altri, è costituito dall'abilitazione professionale dell'operatore che esegue la prestazione diagnostica o terapeutica⁷²⁰. I giudici partono, infatti, dalla considerazione che il medico non può intervenire senza il consenso del paziente, che rappresenta il presupposto indispensabile, in quanto opera come scriminante dell'attività medica, in specie chirurgica⁷²¹. Tuttavia, il consenso del paziente può essere invalido, e quindi non elide l'antigiuridicità della prestazione eseguita in mancanza della necessaria abilitazione, perché il malato forma la propria adesione alla proposta terapeutica nella convinzione di affidarsi ad una persona abilitata all'esercizio della professione medica, cadendo perciò in errore sulle qualità dell'operatore⁷²². Le nuove norme europee per l'ordinamento delle Scuole di specializzazione prevedono che il "medico in formazione" esegua un certo numero di interventi chirurgici come primo operatore, sotto la guida di un tutor o di un docente della Scuola⁷²³. Un parere orientativo del Consiglio Superiore della Sanità sostiene che ricoverandosi in un ospedale "il paziente acconsente al trattamento ben sapendo che diverse possono essere le persone che lo effettueranno, sicché il consenso prestato ad un sanitario per un certo trattamento vale implicitamente anche nei riguardi di altri medici che fanno parte del reparto in cui il paziente è ricoverato"⁷²⁴. Tuttavia, un autorevole dottrina sostiene che "è oggettivamente difficile ottenere un consenso scritto, specie ad interventi impegnativi e

⁷¹⁹ G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

⁷²⁰ G. Toscano, op. cit., 77 ss. AA. VV., op. cit., 57 ss.

⁷²¹ G. M. Vergallo, op. cit., 109 ss.

⁷²² Cass. pen., n. 606 del 2004. In dottrina, L. Macchiarelli, P. Arbarello, N. Di Luca, T. Feola, "Medicina Legale", Torino, 2005, 1057, i quali evidenziano che il rapporto medico-paziente deve essere basato sulla buona fede; M. Bilancetti, op. cit., 336. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 109 ss.

⁷²³ G. M. Vergallo, op. cit., 109 ss.

⁷²⁴ Parere del 17 aprile del 1996 del Consiglio Superiore della Sanità di G.B. Serra, "Fisiopatologia del rapporto medico-paziente in ginecologia", Milano, 2000, 77. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 109 ss.

rischiosi, in cui venga specificato che l'operatore sarà un giovane medico che sta acquisendo la propria esperienza"⁷²⁵. Infatti, l'identità e l'esperienza del soggetto che eseguirà l'intervento sono fattori che influiscono sulla libertà di autodeterminazione del paziente, il quale, quindi, dovrebbe esserne informato⁷²⁶.

3.1.2 La titolarità dell'obbligo di informazione

Nell'attuale realtà sanitaria non è possibile ridurre la relazione terapeutica al solo rapporto medico-paziente a causa dell'importanza del ruolo e dell'autonomia di altre figure professionali che, a vario titolo, sono chiamate a partecipare alla gestione del caso clinico⁷²⁷. Ciò si riflette sull'individuazione del soggetto obbligato ad informare il paziente e ad acquisirne il consenso⁷²⁸. Ciascun sanitario, pertanto, deve entrare in relazione con il malato, instaurare con lui un'"alleanza terapeutica", informarlo specificamente dei rischi e dei benefici dei trattamenti che consiglia. Infatti, solo in questo modo la libertà di autodeterminazione del paziente è efficacemente tutelata, mentre sarebbe sacrificata se le informazioni provenissero da un sanitario che, essendo specialista in altre discipline, non può avere la medesima competenza nell'illustrarne il rapporto rischi-benefici⁷²⁹. Riportando il caso comune dell'intervento chirurgico in *équipe*, il trattamento consiste nella complessiva operazione, in quanto insieme di attività che, pur richiedendo la partecipazione di vari professionisti con rispettive e differenti competenze, sono tutte funzionali al raggiungimento di un determinato obiettivo terapeutico ed a tal fine sono coordinate da un capo *équipe*. Costui è titolare dell'obbligo di informazione, sia in ordine alle proprie attività, sia in merito a quella dell'*équipe*⁷³⁰. In applicazione di questo principio. La giurisprudenza precisa che l'aiuto chirurgo non è titolare, invece, dell'obbligo di informazione perché interviene solo durante l'operazione, senza un personale e preliminare rapporto con il paziente. Differente, ma connessa, è la questione se il sanitario chiamato ad eseguire un

⁷²⁵ A. Fiori, "Medicina legale della responsabilità medica", Milano, 1999, 109; Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 109 ss..

⁷²⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 109 ss.

⁷²⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 109 ss.

⁷²⁸ G. M. Vergallo, op. cit., 109 ss.

⁷²⁹ G. M. Vergallo, op. cit.

⁷³⁰ Cass. civ., n. 14638 del 2004. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 109 ss.

determinato trattamento possa delegare ad un collega il compito di informare il paziente ed acquisirne il consenso⁷³¹. In proposito, secondo la giurisprudenza, l'informazione "non può che provenire dallo stesso sanitario cui è richiesta la prestazione professionale"⁷³². Conseguentemente, dovrebbe ritenersi invalido il consenso prestato dal paziente informato da un medico diverso rispetto a quello che eseguirà il trattamento, sia pur con la delega di quest'ultimo⁷³³. Tuttavia, questa interpretazione appare poco rispondente alla realtà dell'erogazione delle prestazioni diagnostico-terapeutiche. Infatti, nell'ambito dei nosocomi, ma spesso anche nelle strutture private, il paziente non conosce i professionisti che gestiranno il suo caso clinico⁷³⁴. Conseguentemente, se il paziente non sceglie i medici, perché essi sono individuati dalla struttura sanitaria, non si vede perché il professionista non possa delegare ad un collega, della sua stessa struttura, il compito di informare il paziente e di registrarne il consenso. Il punto, piuttosto, è che tale prassi non si risolva in una, anche se potenziale, riduzione della libertà di autodeterminazione del paziente⁷³⁵. Proprio per evitare questa eventualità, la dottrina sostiene che il professionista possa delegare solo un collega "appartenente alla stessa specialità sanitaria, di modo che possa fornire le stesse informazioni che fornirebbe il delegante"⁷³⁶. Quando, invece, paziente si rivolge non ad una struttura sanitaria, pubblica o privata, bensì direttamente ad un particolare medico o gruppo di professionisti, la natura contrattuale del rapporto col medico, che in questo caso è il primo depositario della fiducia del paziente, sembra comportare per il professionista l'obbligo di adempiere personalmente sia l'obbligo terapeutico che quelli di informazione, a meno che il paziente acconsenta espressamente alla scelta del medico di delegare ad un collega l'adempimento dell'obbligo di informazione⁷³⁷. Quindi, nei casi in cui il malato non conosce il medico e si rivolge solo alla struttura sanitaria, pubblica o privata, la tesi secondo cui chi esegue la prestazione deve anche informare il

⁷³¹ G. M. Vergallo, op. cit., 109 ss.

⁷³² Cass. civ., n. 5444 del 2006, precisa che "l'obbligo di informare grava sullo specialista che effettua la prestazione; non viene in rilievo, infatti, la circostanza che il trattamento sia stato richiesto dal paziente, in seguito alla prescrizione di un altro sanitario, in quanto il medico che esegue il trattamento decide in piena autonomia secondo la *lex artis* di accogliere la richiesta". Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 109 ss.

⁷³³ G. M. Vergallo, op. cit., 109 ss.

⁷³⁴ G. M. Vergallo, op. cit., 109 ss.

⁷³⁵ G. M. Vergallo, op. cit., 109 ss.

⁷³⁶ F. Ambrosetti, M. Piccinelli, R. Piccinelli, "La responsabilità nel lavoro medico d'équipe", Torino, 2003, 144; F. Giunta, "Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche", Riv. it. dir. e proc. pen., 2001, 390, secondo il quale al paziente che ne faccia richiesta deve essere lasciata la possibilità di conferire direttamente con il medico che eseguirà il trattamento; R. Cataldi, C. Matricaldi, F. Romanelli, S. Vagnoni, V. Zatti, "La responsabilità professionale del medico", Rimini, 2006, 37. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 109 ss..

⁷³⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 109 ss.

paziente dei relativi rischi sembra risolversi più in un aggravio per l'organizzazione delle strutture sanitarie che non in un beneficio per il paziente⁷³⁸. Infatti, la tutela della libertà di autodeterminazione si realizza con la medesima intensità ed efficacia sia quando il medico che informa il paziente è lo stesso che esegue il trattamento, sia quando il compito di informare è delegato ad un collega, purché quest'ultimo abbia la medesima professionalità⁷³⁹.

3.1.3 La funzione del consenso in rapporto al *quantum* ed al *quomodo* dell'informazione

La stessa locuzione “consenso informato”, come già sottolineato, rende intuitivamente evidente che la manifestazione di volontà del paziente sia valida solo se preceduta da un'attività informativa da parte del professionista⁷⁴⁰. A sua volta, l'informazione deve presentare determinate caratteristiche per rendere valido il consenso ed escludere, quindi, la responsabilità professionale⁷⁴¹. Prima è opportuno riflettere sulla funzione del consenso informato. L'informazione è un momento di centrale importanza nel rapporto medico-paziente. Si può, anzi, affermare che il trattamento medico è finalizzato alla salvaguardia della salute, *ex art. 32, comma 1, Cost.*, intesa principalmente come integrità fisica, così l'informazione è funzionale al rispetto della libertà di autodeterminazione *ex art. 32, comma 2 Cost.*⁷⁴² Tuttavia, sarebbe riduttivo ricostruire il rapporto tra il primo e secondo comma dell'art. 32 Cost. in termini di autonomia dei beni giuridici e delle condotte volte a difenderli. Infatti, la violazione dell'integrità fisica limita anche la libertà di autodeterminazione, costringendo il danneggiato a sottoporsi a trattamenti per porre riparo alle conseguenze lesive o a soffrire le restrizioni derivanti da

⁷³⁸ G. M. Vergallo, op. cit., 109 ss.

⁷³⁹ G. M. Vergallo, op. cit., 109 ss.

⁷⁴⁰ G. M. Vergallo, op. cit., 109 ss.

⁷⁴¹ L'informazione a cui si fa riferimento è quella che riguarda tutte le cognizioni utili per far sì che il paziente arrivi a prendere una decisione il più possibile consapevole. Tale premessa è importante perché evita di confondere i casi di cui si sta trattando con quelli in cui l'obbligo di informazione costituisce l'oggetto stesso del contratto d'opera professionale oppure è funzionale alla conservazione dei benefici conseguiti attraverso il trattamento terapeutico. V. B. Muscatello, “*Il consenso dell'uomo qualunque (I diritti presi poco sul serio)*”, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2003; Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 114 ss.

⁷⁴² G. M. Vergallo, op. cit., 114 ss.

danno biologico permanente⁷⁴³. Analogamente, la restrizione della libertà di autodeterminazione è suscettibile di riflettersi in un'offesa all'integrità fisica o al benessere, il quale rientra nel concetto di salute dato dall'O.M.S. ed accolto sia in giurisprudenza sia nel codice deontologico⁷⁴⁴, in quanto anche il trattamento terapeutico, non chirurgico, costringe il paziente a determinate rinunce o ad alterazioni delle proprie abitudini di vita privata e sociale⁷⁴⁵. L'impostazione per cui la violazione della libertà di autodeterminarsi di ciascuno nello svolgimento dell'attività sanitaria di risolve in un'alterazione, anche solo temporanea, delle condizioni di vita, e quindi del benessere della persona, inducendo a ritenere che l'obbligo di informazione tuteli anche il benessere del paziente, è più sensibile alla valorizzazione della volontà del paziente e dell'interazione tra i due commi dell'art. 32 Cost. ed è anche più fedele alla realtà della pratica medica e delle sue conseguenze⁷⁴⁶. Così ne deriva l'obbligo per il medico di comunicare non solo i dati che permettono di scegliere se sottoporsi ad un determinato trattamento, ma anche quelli utili a decidere se sottoporvisi altrove o se posticiparlo, in relazione ad imminenti progressi tecnologici o ad impegni del paziente incompatibili con la riabilitazione o con gli effetti collaterali propri di quel trattamento⁷⁴⁷. Infatti, secondo la giurisprudenza il consenso informato tutela la libertà di autodeterminarsi in ordine alla propria salute mediante l'obbligo per il medico di trasmettere tutte le informazioni utili a promuovere il benessere del paziente durante e dopo il trattamento⁷⁴⁸. Dunque, l'informazione deve essere bilaterale: ossia deve consistere in uno scambio e non in una trasmissione unilaterale di dati e di avvertenze⁷⁴⁹. Per realizzare al meglio il suo interesse, il medico deve tener presenti le condizioni del malato, sapere, ad esempio, cosa è importante per lui, quali sono le sue esigenze, "la sua attività lavorativa e di relazione ed in definitiva sia le sue personali aspettative, sia le sue obiettive esperienze terapeutiche"⁷⁵⁰. Ne deriva che il contenuto dell'informazione,

⁷⁴³ G. M. Vergallo, op. cit., 114 ss.

⁷⁴⁴ L'art. 3 del c.d.m. afferma che "la salute è intesa nell'accezione più ampia del termine, come condizione cioè di benessere fisico e psichico della persona". G. M. Vergallo, op. cit., 114 ss.

⁷⁴⁵ Del resto, se l'informazione tendesse solo alla salvaguardia della libertà di autodeterminazione, senza avere alcuna relazione con la salute del malato, sia essa intesa come integrità fisica oppure come benessere, la quantità di conoscenze da trasmettere al paziente sarebbe difficilmente ed arbitrariamente predeterminabile, perché legata a ciò che il paziente ritiene importante sapere prima di decidere. Quindi risulta confermato che la libertà di autodeterminazione, tutelata attraverso l'informazione, non può essere fine a sé stessa, ma deve tendere a realizzare anche la salute del paziente. G. M. Vergallo, op. cit., 114 ss.

⁷⁴⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 114 ss.

⁷⁴⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 114 ss.

⁷⁴⁸ G. M. Vergallo, op. cit., 114 ss.

⁷⁴⁹ G. M. Vergallo, op. cit., 114 ss.

⁷⁵⁰ M. Bilancetti, "Responsabilità penale e civile del medico", op. cit., 289-290; Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 114 ss.

cioè il *quantum* di conoscenze da trasmettere al paziente, deve essere personalizzato, non può essere completamente stabilito prima dell'incontro col paziente stesso, ma necessita di opportune integrazioni in relazione al particolare stato d'animo e di salute del singolo paziente, rapportandosi alle sue esigenze familiari o di lavoro, che possono indurlo a preferire una metodica di intervento piuttosto che un'altra, oppure, più semplicemente, a procrastinare il trattamento⁷⁵¹. Sono queste esigenze che è necessario considerare per realizzare il diritto dell'assistito ad una scelta consapevole, ma che il medico, tuttavia, non può conoscere se non entra in rapporto umano con il malato⁷⁵². Oltre che oggettiva, la personalizzazione dell'informazione deve anche essere oggettiva, ossia calibrata sul paziente attraverso il dialogo, l'unico strumento che consente al medico di capire il livello intellettuale del paziente e di adeguarvi le modalità delle informazioni in modo da renderle più intellegibili⁷⁵³. Inoltre conoscere i bisogni dei pazienti, che sono portatori di esigenze o di aspettative ben difficilmente prevedibili e standardizzabili in un modulo di consenso informato, gli consente di comunicare i dati che in un modello prestampato avrebbe considerato superflui⁷⁵⁴. La "medicina difensiva", efficace locuzione coniata per indicare l'uso della modulistica finalizzata a mettere il medico al riparo da conseguenze giudiziarie anziché ad indirizzare il paziente verso una scelta libera e consapevole, distoglie i medici dalla loro missione solidaristica⁷⁵⁵. Così facendo, se li difende da possibili condanne, non li mette al riparo dal contenzioso, perché la conflittualità è alimentata proprio dalla tendenza a massificare i pazienti, i quali, invece, sono persone che, proprio per la situazione di fragilità in cui vivono, vogliono sentirsi destinatari di un progetto benefico, e poi scoprono di essere guardati dal medico come un pericolo dal quale doversi difendere⁷⁵⁶.

⁷⁵¹ G. M. Vergallo, op. cit., 114 ss.

⁷⁵² F. Giunta, ne "*Il consenso informato all'atto medico tra i principi costituzionali e implicazioni penalistiche*", op. cit., 388 ss., afferma che l'esigenza di modulare l'obbligo informativo in relazione alle esigenze conoscitive del singolo paziente non significa che l'obbligo di informazione sia illimitato. "Un'informazione assolutamente completa ed esaustiva non è nemmeno è possibile, dato che essa presupporrebbe cognizioni tecniche che si acquisiscono in anni di studio e di esperienza professionale. Pertanto, affinché l'informazione possa dirsi completa è sufficiente che il paziente sia stato messo al corrente di quegli elementi del quadro clinico necessari o anche solo utili per una scelta ragionevole; il medico non ha l'obbligo, invece, di assecondare le richieste di spiegazione su dati meramente tecnici che, attenendo esclusivamente alle modalità esecutive della terapia, non presentano alcuna incidenza sui fattori di rischio e di successo del trattamento medico". G. M. Vergallo, op. cit., 114 ss.

⁷⁵³ G. M. Vergallo, op. cit., 114 ss.

⁷⁵⁴ F. Giunta, "*Il consenso informato all'atto medico tra i principi costituzionali e implicazioni penalistiche*", op. cit., 384; M. Portigliatti Barbos, "*Il modulo medico di consenso informato: adempimento giuridico, retorica, finzione burocratica?*", in *Dir. Pen. Proc.*, 1998, 894; F. Introna, "*Consenso informato e rifiuto ragionato. L'informazione deve essere dettagliata o sommaria?*", in *Riv. It. Med. Leg.*, 1998, 828; Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 114 ss.

⁷⁵⁵ G. M. Vergallo, op. cit., 114 ss.

⁷⁵⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 114 ss.

Di conseguenza, chiedere al medico di personalizzare l'informazione, da un lato, ha il limite di appesantire lo svolgimento della sua attività lavorativa, dall'altro, presenta un indubbio beneficio sia di proteggerlo da complicazioni giudiziarie, sia di migliorare la qualità e l'efficacia terapeutica del suo lavoro⁷⁵⁷. Questo non significa che l'utilizzo dei moduli debba essere sempre evitato. Il ricordo alla redazione scritta delle informazioni è utile in quanto crea una "base" di conoscenze che è sempre uniforme per tutti i pazienti sottoposti al medesimo trattamento e che può essere da loro riletta anche dopo la fine del colloquio, ma non è l'unico strumento a tutela della libertà di autodeterminazione per il bisogno di personalizzazione e per la natura fiduciaria del rapporto, fondato sull'incontro umano e professionale⁷⁵⁸. Oltretutto, il modulo consegnato al paziente contiene solo le informazioni e l'opposizione tra consenso e rifiuto, non prevedendo la rinuncia ad essere informato, violando il diritto ad autodeterminarsi, *ex art. 32, comma 2, Cost.*: tale diritto può essere esercitato rinunciando all'informazione e, quindi, alla possibilità di optare per una o per un'altra terapia, come prevede l'ultimo comma dell'art. 33 c.d.m. secondo cui "La documentata volontà della persona assistita di non essere informata o di delegare ad altro soggetto l'informazione deve essere rispettata"⁷⁵⁹.

3.1.4 Il contenuto dell'informazione

Per quanto attiene all'informazione resa, essa deve basarsi sulle migliori conoscenze scientifiche ed avere ad oggetto il rapporto tra i costi ed i benefici del trattamento che il medico intende eseguire sul paziente⁷⁶⁰. Mancando una disciplina generale dell'informazione, autorevole dottrina ritiene che questa lacuna possa essere colmata

⁷⁵⁷ Un modulo dettagliato di consenso è insufficiente ad assicurare il venir meno della litigiosità, in quanto il paziente vive come un'ingiustizia il fatto di non aver ricevuto informazioni per lui importanti o di aver malinteso il contenuto del documento. In tale ipotesi, il medico avrebbe buone possibilità di non soccombere in giudizio, perché potrebbe portare a propria difesa la firma del paziente in calce ad un corretto ed esauriente modulo informativo, ma sarebbe comunque esposto al pericolo di essere citato per danni, o indagato o querelato, oltre all'alea di ogni processo, il che rappresenta di per sé una pena per il medico, ed un problema angosciante per il sistema sanitario sia sul piano umano che su quello organizzativo e della qualità del servizio. Si veda G. M. Vergallo, *op. cit.*, 119 ss.

⁷⁵⁸ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 119 ss.

⁷⁵⁹ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 119 ss.

⁷⁶⁰ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 119 ss.

attraverso l'applicazione analogica delle linee-guida di buona pratica clinica che regolano la materia di sperimentazioni cliniche⁷⁶¹. Tuttavia, tale criterio non ha trovato seguito in giurisprudenza, la quale ha ricostruito autonomamente l'insieme di informazioni da fornire al paziente. Anche quando l'intervento è di routine⁷⁶², il professionista è tenuto ad informare il suo assistito sul quadro clinico, sui benefici attesi ed i rischi prevedibili del trattamento terapeutico, anche se poco rilevanti sul piano delle percentuali, nonché sui rischi ed i benefici di eventuali alternative diagnostiche o terapeutiche, in modo tale che il paziente possa scegliere liberamente e consapevolmente a quale metodica sottoporsi⁷⁶³. Al riguardo, la dottrina maggioritaria ritiene che il concetto di completezza dell'informazione non deve essere inteso nel senso di dare in ogni caso il massimo delle notizie disponibili, altrimenti si burocratizzerebbe anche la somministrazione del più blando farmaco⁷⁶⁴. Quindi, la quantità di informazioni deve aumentare proporzionalmente all'importanza dei beni coinvolti ed ai coefficienti di rischio della prestazione sanitaria⁷⁶⁵. Del resto, se le informazioni tendono a tutelare la libertà di autodeterminazione, è evidente che la loro quantità e precisione debbano essere tanto maggiori quanto più è equilibrato il rapporto tra costi e benefici del singolo trattamento. L'aspetto più delicato riguarda i rischi gravi, ma in termini percentuali minimi⁷⁶⁶. Secondo la giurisprudenza di legittimità, l'informazione cui è tenuto il medico riguarda “i soli rischi prevedibili e non anche gli esiti anomali, al limite del fortuito, che non assumono rilievo secondo l'*id quod plerumque accidit* (...)”⁷⁶⁷. Rilievo assume l'importanza degli interessi e dei beni in gioco, non potendosi consentire tuttavia, in forza di un mero calcolo statistico, che il paziente non venga reso edotto di rischi, anche ridotti, che incidano gravemente sulle sue condizioni fisiche o, addirittura, sul bene supremo della vita”⁷⁶⁸. La giurisprudenza di merito ha precisato tale principio affermando sia che il paziente deve essere informato anche di rischi intorno al 1%, sia che gli “esiti anomali”, su cui non c'è obbligo di informazione, sono “ricollegabili ad una situazione soggettiva del paziente

⁷⁶¹ G. M. Vergallo, op. cit., 119 ss.

⁷⁶² L'art. 33 c.d.m. afferma che l'informazione deve avere ad oggetto la diagnosi, la prognosi, le prospettive, i trattamenti alternativi e le prevedibili conseguenze delle scelte operate. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 119 ss.

⁷⁶³ G. M. Vergallo, op. cit., 119 ss.

⁷⁶⁴ F. Giunta, “*Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*”, op. cit., 388. In senso contrario, V. Fresia, “*Luci ed ombre del consenso informato*”, *Riv. It. Med. Leg.*, 1994, 900. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 119 ss.

⁷⁶⁵ G. M. Vergallo, op. cit., 119 ss.

⁷⁶⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 119 ss.

⁷⁶⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 119 ss.

⁷⁶⁸ Cass. civ., n. 14638 del 2004. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 119 ss.

non prevedibile con i mezzi diagnostici a disposizione e con riferimento ai dati anamnestici del paziente stesso”⁷⁶⁹. Dunque, la diligenza richiesta nell’adempimento dell’obbligo di tutelare la libertà di autodeterminazione del paziente non è diversa da quella cui il medico è tenuto a salvaguardare la salute del malato stesso⁷⁷⁰. Questo orientamento presta il fianco a due critiche. *In primis*, se gli “esiti anomali” consistono esclusivamente nei rischi imprevedibili, è pleonastico indicarli come limite all’obbligo d’informazione: non si può informare un soggetto di un pericolo imprevedibile⁷⁷¹. Inoltre, “l’operatore sanitario deve contemperare l’esigenza di informazione con la necessità di evitare che il paziente, per una qualsiasi remotissima eventualità, eviti di sottoporsi anche ad un banale intervento”⁷⁷². Infatti con questa affermazione si lascia intendere che il medico deve personalizzare l’informazione in relazione allo stato d’animo o alle peculiari condizioni del singolo paziente, mentre, imponendo di informare l’assistito di tutti i rischi prevedibili, anche intorno all’1%, la giurisprudenza detta al medico una regola di comportamento generale e non suscettibile di adattamenti in chiave di personalizzazione dell’informazione⁷⁷³. Tuttavia, non esiste una normativa che imponga al medico di informare il paziente anche di remoti rischi, e nemmeno il codice deontologico si pronuncia in tal senso. Di conseguenza, questo aspetto della responsabilità medica non può essere valutato in una logica di colpa specifica, ma secondo i noti criteri della colpa generica⁷⁷⁴. Pertanto, l’eventuale condanna del medico non può essere fondata sul fatto di non aver comunicato al paziente rischi intorno all’1%, bensì sulla dimostrazione che tale omissione integri una negligenza o un’imperizia⁷⁷⁵. A questa prova si giunge mediante il consolidato criterio di ripartizione dell’onere probatorio in responsabilità medica. Se ne deduce che non può essere ritenuto

⁷⁶⁹ Trib. Bologna, 13 aprile 2006, www.personaedanno.it sostiene che “il dovere di informazione da parte del medico configura l’adempimento di un’obbligazione di diligenza che, sia pure nei limiti propri della diligenza specifica *ex art. 1176 c.c., comma secondo*, si arresta in ogni caso ai limiti di conoscibilità”. Si veda G. M. Vergallo, *op. cit.*, 119 ss.

⁷⁷⁰ A. Lanotte, ne “*L’obbligo di informazione: adempimento di un “dovere burocratico”?*”, in *Dann. Resp.*, 2006, 537, evidenzia che la quantità di informazioni da trasmettere all’interessato “deve essere proporzionale alla valutazione dei parametri attinenti la sfera soggettiva del paziente (emotività, cultura, ecc.), al fine di promuovere la massima adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche”. Vedi G. M. Vergallo, *op. cit.*, 119 ss.

⁷⁷¹ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 119 ss.

⁷⁷² Cass. civ., n. 14638 del 2004. Si veda G. M. Vergallo, *op. cit.*, 122 ss.

⁷⁷³ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 122 ss.

⁷⁷⁴ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 122 ss.

⁷⁷⁵ Trib. Genova, n. 542 del 2006, afferma che “deve aversi riguardo alle ragioni dell’incompletezza dell’informazione, perché non è detto che in ogni caso la lacuna comporti una “colpa” del sanitario. Qui entrano in gioco diversi fattori, che vanno dalla negligenza vera e propria ai casi in cui l’informazione sia ritenuta superflua per ragioni di impostazione terapeutica oppure per l’esigenza di non indurre parossistico timore presso un paziente particolarmente emotivo”. Si veda G. M. Vergallo, *op. cit.*, 122 ss.

responsabile il medico il quale dimostri che la mancata informazione di rischi remoti era legata alle condizioni del paziente, avendo dedotto dal dialogo con questo elementi tali da ritenere che la conoscenza di tale rischio lo avrebbe potuto portare a rifiutare una terapia necessaria, seppur non urgente⁷⁷⁶. Imponendo al medico di informare sempre tutti i pazienti anche in ordine a rischi remoti, si finisce col frustrare l'esigenza di personalizzazione del contenuto dell'informazione, vietando al medico di adattarlo alla situazione, anche psicologica, del singolo paziente, e col considerare giuridicamente corretta la condotta del medico che si limiti a trasmettere le stesse informazioni a tutte le persone da sottoporre al medesimo trattamento⁷⁷⁷. Quindi, anche per indurre il professionista ad una maggiore attenzione alla persona del malato, appare necessario che la comunicazione del pericolo anche lontani avvenga solo quando le circostanze del caso concreto escludono il rischio che il paziente rifiuti la terapia medicalmente necessaria⁷⁷⁸. Un altro aspetto merita di essere menzionato. Quando il comportamento del paziente successivo all'intervento rileva ai fini del "risultato" o per evitare complicazioni, come avviene soprattutto in particolari interventi (estetica, chirurgia refrattiva con l'utilizzo del laser, ecc.), egli deve essere adeguatamente informato e consigliato qualora non fosse sua intenzione seguire scrupolosamente l'iter chirurgico suggeritogli e tale comportamento dovesse compromettere gravemente la guarigione e quindi il risultato⁷⁷⁹. L'informazione deve riferirsi anche ai pericoli ed alle conseguenze dell'eventuale scelta di non sottoporsi ad alcun trattamento. Infatti, secondo la giurisprudenza, poiché il paziente ha diritto di "privilegiare il proprio stato attuale", il medico deve metterlo in condizione di conoscere il quadro clinico e le relative potenzialità evolutive che si verificherebbero nel caso in cui non fosse eseguita alcuna terapia⁷⁸⁰. In mancanza di tale informativa, il consenso ed il rifiuto sono invalidi, anche se adeguate sono le informazioni sul trattamento proposto e sulle sue alternative⁷⁸¹. Infatti, la decisione del paziente è indubbiamente viziata o assunta in modo non pienamente consapevole, se egli non è messo in condizioni di bilanciare il rapporto tra i costi ed i benefici di tale terapia con le conseguenze della scelta di rinunciare al

⁷⁷⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 122 ss.

⁷⁷⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 122 ss.

⁷⁷⁸ Ciò è confermato dalle linee-guida di buona pratica clinica delle sperimentazioni, secondo cui il medico deve informare il soggetto di tutti i rischi del trattamento sperimentale, mentre per le alternative terapeutiche l'informazione deve essere circoscritta ai "rischi importanti", D.M. 15 luglio 1997. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 122 ss.

⁷⁷⁹ G. M. Vergallo, op. cit., 122 ss.

⁷⁸⁰ G. M. Vergallo, op. cit., 124 ss.

⁷⁸¹ G. M. Vergallo, op. cit., 124 ss.

trattamento⁷⁸². In sostanza, la valutazione del paziente circa l'accettabilità dei rischi di un determinato intervento non è condizionata solo dai potenziali benefici del trattamento stesso, ma anche dalla gravità delle conseguenze cui si espone astenendosi da qualsiasi terapia⁷⁸³. L'informazione, proseguendo, non deve essere troppo tecnica, in quanto non ha lo scopo di colmare il divario di conoscenze fra il medico ed i suoi interlocutori, bensì quello di stabilire tra di loro un' "alleanza", ossia una condivisione di obiettivi in un clima di reciproca fiducia. Dunque, l'informazione è obbligatoria anche quando il paziente svolga a sua volta la professione di medico⁷⁸⁴. Necessario è, in conclusione, includere nella trattazione che il codice di deontologia all'art. 33 stabilisce che l'obbligo di informazione debba estendersi a tutte le notizie, anche a quelle che, per la loro drammaticità, possono determinare nel paziente uno sconvolgimento tale da mettere in pericolo l'efficacia delle terapie o addirittura la sua disponibilità a sottoporvisi⁷⁸⁵. Tale evenienza, tuttavia, è scongiurata dalla stessa norma deontologica che impone al medico di adottare una terminologia non traumatizzante, valorizzando gli elementi della speranza⁷⁸⁶. Un accreditato orientamento dottrinario ritiene che nei casi in cui la rilevazione della verità riguardo alle condizioni di salute del paziente interferisca "con il buon esito della terapia, il silenzio dell'operatore medico può essere scriminato, in presenza di circostanze adeguate, dall'art. 51 c.p., da quell'adempimento del dovere funzionale al dovere del medico di tutelare al meglio la salute o la guarigione del suo paziente"⁷⁸⁷. In senso contrario, altra dottrina evidenzia due motivi a sostegno dell'obbligo di comunicare anche le prognosi infauste. In primo luogo, facendo credere al paziente che il suo male non è grave, lo si può indurre a sottovalutarlo ed a trascurare le cure, che invece potrebbero essere trovate anche in un altro ospedale⁷⁸⁸. Ciò comporterebbe la violazione dell'art. 32, comma 1, Cost. Inoltre, il dovere di rispetto della persona, sancito dall'art. 32, comma 2, impone di portare a conoscenza dell'assistito fatti che riguardano la sua stessa sopravvivenza. Infatti, celandoli, si impedisce all'individuo di curare altri fondamentali interessi, come la redazione delle volontà testamentarie e l'adempimento di precetti religiosi o di doveri civici⁷⁸⁹. Proprio per rispettare il malato, occorre prestare attenzione alle modalità con cui adempiere

⁷⁸² G. M. Vergallo, op. cit., 124 ss.

⁷⁸³ G. M. Vergallo, op. cit., 124 ss.

⁷⁸⁴ App. Roma, 24 gennaio 2006. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 124 ss.

⁷⁸⁵ G. M. Vergallo, op. cit., 124 ss.

⁷⁸⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 124 ss.

⁷⁸⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 125 ss.

⁷⁸⁸ G. M. Vergallo, op. cit., 125 ss.

⁷⁸⁹ G. M. Vergallo, op. cit., 125 ss.

l'obbligo di dire la verità, preferendo una rilevazione per gradi della prognosi infausta⁷⁹⁰.

3.1.5 Le modalità ed i tempi

Le medesime informazioni, scritte ed orali, possono essere comunicate con differenti modalità, definite *standard* dell'obbligo di informazione, riconducibili a tre modelli: a) lo *standard "professionale"*, secondo cui il connotato essenziale dell'informazione è la sua correttezza clinica secondo lo stato delle conoscenze scientifiche; dunque, l'obbligo di informazione potrebbe considerarsi adempiuto qualora le informazioni fornite al paziente fossero tecnicamente corrette e complete; b) lo *standard "medio"*, per il quale l'informazione andrebbe rapportata a quello che comunque potrebbe comprendere una persona ragionevole; c) lo *standard "soggettivo"*, in base al quale la correttezza tecnico-scientifica delle informazioni non è sufficiente per considerare adempiuto il relativo obbligo, perché l'informazione deve essere trasmessa con le modalità più indicate affinché la persona concretamente assistita possa comprendere e decidere consapevolmente⁷⁹¹. In assenza di disposizioni di legge, sembra trovare applicazione lo *standard "soggettivo"*, sia perché più funzionale all'effettiva tutela della libertà di autodeterminazione del singolo paziente, sia in virtù dell'art. 33, commi 2 e 3, del c.d.m., secondo cui "il medico dovrà comunicare con il soggetto tenendo conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuovere la massima partecipazione alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche. Ogni altra ulteriore richiesta di informazione da parte del paziente deve essere soddisfatta"⁷⁹². Infatti, il consenso informato non deve essere il frutto di "un incontro impersonale, anonimo ed

⁷⁹⁰ M. Paradiso, "Il dovere del medico di informare il paziente. Consenso contrattuale e diritti della persona", in AA. VV., "La responsabilità medica", Milano, 1982, 143 ss., il quale individua un unico limite all'obbligo di dire tutta la verità: "Potrà risultare opportuno o necessario tenere celata la verità a chi, per l'età immatura o le instabili condizioni psichiche, sia incapace pienamente di intendere e di volere e dunque non sia in grado di autodeterminarsi con consapevolezza". Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 125.

⁷⁹¹ Sui diversi standard di informazione si veda M. Criscuoli, "Ragionevolezza e "consenso informato" del paziente", in *Rass. Dir. Civ.*, 1985, 544 ss. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 125 ss.

⁷⁹² G. M. Vergallo, op. cit., 125 ss.

umanamente disimpegnato, tra prestatore e fruitore d'opera"⁷⁹³; bensì deve essere inteso come un atto di autonomia attraverso il quale il paziente accetta di sottoporsi all'attività diagnostico-terapeutica concordata col medico per la salvaguardia del proprio diritto alla salute⁷⁹⁴. Se la comunicazione avvenisse secondo lo standard "professionale" o quello "medio", l'informazione sarebbe un'attività più di forma che di sostanza. Conseguentemente, la dottrina considera invalido il consenso rappresentato da una firma in calce ad un modulo senza alcun elemento di personalizzazione dell'informazione resa⁷⁹⁵. La scelta di prediligere lo standard "soggettivo" apre le porte al problema di individuare quali siano le modalità che consentono di ritenere adempiuto l'obbligo di informazione in relazione alle tante variabili della condizione del paziente. Tali modalità devono avere carattere generale ed oggettivo, perché la norma giuridica non può imporre al medico un determinato livello di sensibilità e particolari qualità umane, come la capacità comunicativa, la disponibilità, la pazienza e l'affabilità⁷⁹⁶. Non si può tradurre in norma giuridica un insieme di qualità umane e caratteriali, perché mancherebbero parametri significativi di giudizio per colui che è chiamato ad accertare la responsabilità del medico⁷⁹⁷. Inoltre, se si esasperasse il carattere soggettivo dell'informazione, si farebbe gravare sul medico l'obbligo di far capire al malato tutto ciò che gli viene comunicato, arrivando all'assurdo di dar vita ad un'obbligazione di risultato, con la conseguenza di doverlo far condannare per inadempimento ogni qualvolta il paziente dichiarasse in giudizio di non aver capito un qualche aspetto del trattamento eseguito⁷⁹⁸. Se è, dunque, necessario stabilire fino a che punto debba spingersi la personalizzazione dell'informazione, tale confine oggettivo sembra doversi sostanziare negli obblighi di correttezza *ex artt.* 1175 e 1337 c.c. e di diligenza *ex art.* 1176 c.c., che richiedono al medico di attivarsi affinché il paziente prenda una decisione

⁷⁹³ Comitato Nazionale per la Bioetica, "Informazione e consenso all'atto medico". Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 125 ss.

⁷⁹⁴ Trib. Venezia, in tal senso, 4 ottobre 2004, afferma che "il consenso deve essere il frutto di una relazione interpersonale tra i sanitari ed il paziente sviluppata sulla base di un'informazione coerente allo stato, anche emotivo, ed al livello di conoscenze di quest'ultimo(...) segnando il passaggio (...) dalla fase dell'assenso a quella del consenso, ossia del convergere delle volontà verso un comune piano di intenti". Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 125 ss.

⁷⁹⁵ G. M. Vergallo, op. cit., 125 ss.

⁷⁹⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 125 ss.

⁷⁹⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 130 ss.

⁷⁹⁸ Peraltro, anche ipotizzando che il medico disponga della massima sensibilità e competenza oltre che delle migliori capacità comunicative, il raggiungimento del risultato di far prendere al suo assistito una decisione perfettamente informata e consapevole è ostacolato comunque sia dall'enorme sproporzione di cultura specifica esistente tra il medico ed il paziente, sia dalla condizione stessa della malattia che, con i suoi corollari di sofferenza e di angoscia, sempre disturba la serenità del giudizio e di conseguenza comprime la libertà di scelta. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 130 ss.

consapevole⁷⁹⁹. Nell'ambito di tale obbligazione di diligenza e di buona fede, appare necessario che il medico si attivi per valutare l'effettiva consapevolezza della scelta fatta dal malato⁸⁰⁰. A tal fine sarebbe sufficiente, completata l'attività informativa, chiedere al malato i motivi per cui ritiene di accettare o di rifiutare il trattamento indicato, e poi valutare se la risposta data sia determinata da una cattiva comprensione o sia invece sintomatica dell'effettiva consapevolezza del paziente, essendo logica e conseguente rispetto alle informazioni fornite, senza aggravare il medico né l'organizzazione sanitaria di particolari incombenze⁸⁰¹. Tuttavia anche la natura di obbligazione di mezzi, comportando per il professionista il dovere di fare il possibile per tutelare la libertà di autodeterminazione del paziente, pone a carico del medico il compito di sincerarsi che nel caso concreto non sussistano elementi tali da far credere che il consenso o il rifiuto siano frutto di un'incomprensione delle informazioni ricevute⁸⁰². Occorre discutere anche di un altro elemento fondamentale nell'acquisizione del consenso, in cui l'informazione è funzionale a mettere il paziente in condizione di prendere una decisione effettivamente consapevole in ordine al trattamento medico cui sottoporsi: la tempistica⁸⁰³. Al riguardo, occorre considerare l'eventualità in cui il modulo di consenso informato sia portato all'attenzione ed alla firma del paziente contestualmente al suo trasporto in sala operatoria⁸⁰⁴. Tale *modus operandi*, frutto di un'immatura sensibilità verso la libertà di autodeterminazione del malato, incontra l'implicita riprovazione del codice deontologico, il quale, al secondo comma dell'art. 35, afferma che il consenso "è integrativo e non sostitutivo del processo informativo di cui all'art. 33"⁸⁰⁵. Tale processo segue una determinata tempistica: dall'informazione sul rapporto costi-benefici e sulle eventuali alternative diagnostico-terapeutiche, *ex art. 33*, comma 1 c.d.m., si può giungere all'acquisizione del consenso solo dopo aver tenuto conto delle "capacità di comprensione" del paziente "al fine di promuovere la massima partecipazione alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche", *ex art. 33*, comma 2 c.d.m., e solo dopo aver soddisfatto "ogni ulteriore richiesta di informazione da parte del paziente", *ex art. 33*, comma 3 c.d.m.⁸⁰⁶ Dunque,

⁷⁹⁹ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 131 ss.

⁸⁰⁰ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 131 ss.

⁸⁰¹ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 131 ss.

⁸⁰² G. M. Vergallo, *op. cit.*, 131 ss.

⁸⁰³ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 131 ss.

⁸⁰⁴ La questione della validità dell'informazione fornita e del consenso ricevuto in prossimità dell'intervento è divenuta oggetto di crescente attenzione in giurisprudenza, la quale non ha sempre trovato risposte univoche. Si veda G. M. Vergallo, *op. cit.*, 131 ss.

⁸⁰⁵ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 131 ss.

⁸⁰⁶ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 133 ss.

se l'attività di informazione è definita dall'art. 35 c.d.m. come un "processo" che non si può completare senza aver prima dato risposta alle richieste di ulteriori informazioni da parte del paziente, ne consegue che tra l'informazione del medico e la manifestazione di volontà del paziente deve intercorrere un lasso di tempo tale da consentire all'assistito quella minima riflessione indispensabile per comprendere le informazioni ricevute e per chiedere, eventualmente, chiarimenti⁸⁰⁷. Una regola operativa coerente ed equilibrata sembra essere quella di "prenotare" la sala operatoria solo dopo che il paziente ha espresso il consenso⁸⁰⁸.

3.1.6 La forma e la prova del consenso

L'art. 26, comma 2, del c.d.m., statuisce che "la cartella clinica deve registrare i modi ed i tempi delle informazioni nonché i termini del consenso del paziente"⁸⁰⁹. Ciò non toglie che, ai sensi dell'art. 35 del medesimo codice, il consenso debba essere acquisito in forma scritta solo nei casi previsti dalla legge⁸¹⁰ e quando vi sia grave rischio per l'incolumità della persona, oppure nei casi in cui, per la particolarità delle prestazioni mediche o per le conseguenze che possono derivarne all'integrità fisica del malato, sia opportuna una manifestazione documentata della sua volontà⁸¹¹. In dottrina ed in giurisprudenza si sottolinea come la sottoscrizione di un modulo non costituisca di per sé prova inconfutabile dell'avvenuta informazione perché la forma scritta non preclude la possibilità di indagare sull'eventuale incompletezza o sulla scarsa intellegibilità del modulo informativo⁸¹². In senso contrario, un altro orientamento rileva che la

⁸⁰⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 133 ss.

⁸⁰⁸ G. M. Vergallo, op. cit., 133 ss.

⁸⁰⁹ G. M. Vergallo, op. cit., 133 ss.

⁸¹⁰ La legge prevede la forma scritta nei seguenti casi: trapianto di rene (n. 458/1967), trapianto parziale di fegato (n. 483/1999), rettificazione dell'attribuzione di sesso (legge n.164 del 1982), donazione di sangue (D.M. 26 gennaio 2001), trasfusione di sangue (legge n. 219/2005), esposizione a radiazioni ionizzanti "a scopo di ricerca scientifica clinica" (legge n. 230/1995), sperimentazione farmacologica (D.lgs. n. 211/2003), sperimentazioni cliniche in campo oncologico (D.L. n.23/1998), elettroshockterapia (circolare del Ministero della Sanità 13 marzo 1999), procreazione medicalmente assistita (l. n. 40/2004). Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 135 ss.

⁸¹¹ G. M. Vergallo, op. cit., 135 ss..

⁸¹² S. Cacace, "Informazione, consenso, rifiuto di cure: (il)liceità del trattamento sanitario e (im)possibile conciliazione fra diritto del paziente e libertà del sanitario", in G. Comandè, "Diritto privato europeo e diritti fondamentali: saggi e ricerche", Torino, 2004, 86, mette in evidenza come l'esasperata

sottoscrizione da parte del paziente del modulo contenente tutte le informazioni del caso, comprese quelle sul rischio in concreto realizzatosi, determina l'inammissibilità della prova testimoniale dal medesimo chiesta per dimostrare l'inadempimento dell'obbligo di informazione⁸¹³. Secondo altro orientamento, invece, "se la sottoscrizione del modulo relativo non costituisce la dimostrazione del consenso informato, anche l'assenza del prestampato firmato non vuol dire che la prestazione sanitaria sia stata carente dall'angolo visuale del diritto all'informazione posto che, per il tipo di intervento in questione, non erano richieste forme particolari per far constare la trasmissione dai medici al paziente delle informazioni necessarie e sufficienti per consentire a lui di scegliere con una minima cognizione di causa l'atto terapeutico: la cui dimostrazione può essere fornita anche attraverso prove orali"⁸¹⁴. Sebbene la forma scritta sia requisito di validità del consenso solo in determinati casi, la prassi di far firmare al paziente la propria accettazione al trattamento ritenuto indicato riveste un'ovvia rilevanza probatoria⁸¹⁵. Tuttavia, poiché l'assistito non può essere in posizione paritaria con il medico in quanto ha bisogno della sua prestazione, appare necessario documentare il consenso informato facendo sottoscrivere il modulo, su ogni pagina, anche in presenza di due testimoni, uno per il medico ed uno per il paziente, per arginare il rischio che quest'ultimo dichiari come avvenuto un dialogo mai verificatosi⁸¹⁶. In una prospettiva di effettiva valorizzazione del diritto del paziente all'autodeterminazione, la documentazione del consenso informato dovrebbe svolgersi attraverso una ripresa filmata, utile per la quantificazione del danno, per la valutazione equitativa del giudice, evitando una eccessiva discrezionalità⁸¹⁷.

burocratizzazione del rapporto medico-paziente, tipica dell'esperienza statunitense, sia una delle conseguenze di un esacerbato atteggiamento di medicina difensiva, utile a tutelare il medico, più che ad aiutare e garantire il paziente. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 135 ss.

⁸¹³ App. Roma, 27 marzo 2007, in www.dirttosanitario.net; Trib. Milano, 25 febbraio 2005, pur ammettendo "che non vi sono limiti normativi per l'astratta ammissibilità della prova testimoniale diretta a contrastare le circostanze risultanti dal modulo", ne ha dichiarato l'inammissibilità in quanto "è rimesso al giudice il giudizio sulla rilevanza della prova testimoniale, ovvero sulla sua idoneità a comprovare circostanze diverse rispetto a quelle contenute nel documento sottoscritto dal paziente". Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 135 ss.

⁸¹⁴ Trib. Genova, 12 maggio 2006. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 135 ss.

⁸¹⁵ G. M. Vergallo, op. cit., 135 ss.

⁸¹⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 135 ss.

⁸¹⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 135 ss.

3.1.7 L'identità tra intervento acconsentito ed intervento eseguito

Il consenso prestato dal paziente per un determinato intervento non può essere valido anche per un trattamento diverso. Anche questo aspetto, apparentemente scontato, può dar luogo a controversie sulla legittimità dell'operato medico⁸¹⁸. Nel caso, ad esempio, in cui il medico, in specie chirurgo, nel corso di un intervento riscontri nel soggetto anestetizzato una patologia non diagnosticata, oppure più grave di quella diagnosticata, presentandosi come necessario medicalmente un intervento chirurgico diverso o ulteriore, con un diverso rapporto tra costi e benefici, che sarebbe più logico eseguire contestualmente all'operazione già in corso, ma che il paziente non è in grado né di accettare né di rifiutare, essendo narcotizzato, la giurisprudenza tende a trovare la soluzione nella liceità del trattamento diverso o ulteriore solo se sussiste uno stato di necessità *ex art. 54 c.p.*⁸¹⁹. Negli altri casi, la modifica dell'operazione è fonte di responsabilità⁸²⁰.

3.1.8 La capacità legale

Coerentemente con la logica dell'art. 32, comma 2, Cost. e con l'esigenza che la relazione terapeutica sia effettivamente incentrata sulla fiducia da parte del paziente e sulla compartecipazione del medico al suo stato di malattia, il consenso deve provenire direttamente dalla persona che necessita la prestazione diagnostico-terapeutica⁸²¹. Però l'importanza centrale che in questo modo viene ad assumere la libera autodeterminazione del paziente fa sì che diventino essenziali l'individuazione e l'accertamento della ricorrenza pratica delle condizioni di capacità del soggetto, da una parte, e, dall'altra, come il medico deve comportarsi quando è impossibile per il malato

⁸¹⁸ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 135 ss.

⁸¹⁹ Cass. pen., n. 585 del 2001. In dottrina, G. Iadecola, *"Potestà di curare e consenso informato"*, Milano, 2000, 67 ss., secondo il quale "il criterio dello stato di necessità appare il più rispettoso del fondamentale principio della certezza del diritto". Si veda G. M. Vergallo, *op. cit.*, 135 ss.

⁸²⁰ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 147 ss.

⁸²¹ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 147 ss.

raggiungere una scelta consapevole⁸²². Il Comitato Nazionale per la Bioetica ha affermato che il paziente, per consentire validamente, deve non solo essere capace di intendere e di volere, ma anche avere capacità legale, ossia essere maggiorenne, e sano di mente. Relativamente al primo requisito, l'articolo 2 del codice civile dispone che al compimento del diciottesimo anno sorge la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non è prevista un'età diversa⁸²³. Di conseguenza, non esistendo per quanto concerne i trattamenti sanitari alcuna disposizione speciale, in tale ambito il minore non ha la capacità di consentire validamente e dunque il consenso informato deve essere acquisito dai suoi genitori di "comune accordo", ex art. 316 c.c.⁸²⁴. La rigidità di questa disposizione è mitigata dall'art. 317 c.c. ai sensi del quale "*Nel caso di lontananza, di incapacità o di altro impedimento che renda impossibile ad uno dei genitori l'esercizio della potestà, questa è esercitata in modo esclusivo dall'altro*"⁸²⁵. Considerando l'importanza degli interessi coinvolti, appare prudente che il medico acquisisca il consenso informato di un unico genitore solo quando l'altro sia effettivamente impossibilitato a ricevere un modulo informativo ed a farlo pervenire firmato⁸²⁶. Nel caso in cui genitori non intendono prestare il consenso informato "*al trattamento necessario e indifferibile*" per il minore, l'art. 37, ultimo comma, del c.d.m. stabilisce che "*il medico è tenuto ad informare l'autorità giudiziaria; se vi è pericolo per la vita o grave rischio per la salute del minore e dell'incapace, il medico deve comunque procedere senza ritardo e secondo necessità alle cure indispensabili*"⁸²⁷. La medesima regola trova applicazione nel caso in cui i genitori prendano decisioni tra loro discordanti. Infatti, nel caso in cui il consenso espresso da un solo genitore non appare valido perché l'art. 316 c.c. prevede che la potestà genitoriale si esercita "*di comune accordo*"⁸²⁸. Tuttavia, l'incapacità d'agire del minore ex art. 2 c.c. è dettata

⁸²² G. M. Vergallo, op. cit., 147 ss.

⁸²³ G. M. Vergallo, op. cit., 147 ss.

⁸²⁴ Questa disposizione trova conferma nell'art. 37, comma 1, del codice deontologico medico, che stabilisce che il consenso agli interventi diagnostici e terapeutici sul minore deve essere chiesto al legale rappresentante, ossia ai suoi genitori o, in loro mancanza, al tutore. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 147 ss.

⁸²⁵ G. M. Vergallo, op. cit., 147 ss.

⁸²⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 147 ss.

⁸²⁷ Il requisito dell'indifferibilità appare superfluo perché l'art. 32, ultimo comma, del codice deontologico medico afferma che "*Il medico, in caso di opposizione dei legali rappresentanti alla necessaria cura dei minori e degli incapaci, deve ricorrere alla competente autorità giudiziaria*". Dunque, il fatto che la cura sia necessaria è di per sé sufficiente a far sorgere in capo al medico l'obbligo di portare all'attenzione dell'autorità giudiziaria il rifiuto avanzato dai genitori. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 147 ss.

⁸²⁸ La conferma della rilevanza dell'esercizio congiunto della potestà genitoriale emerge da due disposizioni: l'art. 317, ultimo comma, c.c. chiarisce che la potestà comune dei genitori non cessa neppure quando il minore viene affidato ad uno di essi in seguito a separazione o a cessazione degli effetti

dall'esigenza di certezza degli atti negoziali. Di conseguenza, questa norma non appare vincolante in materia di trattamenti medici perché il consenso del paziente è estraneo al traffico giuridico⁸²⁹. Per diversità di *ratio* è necessario trovare soluzioni differenti a seconda che l'atto di disposizione riguardi la sfera patrimoniale o quella personale. È da precisare che l'art. 2 va letto ed interpretato alla luce di altre fonti e disposizioni che riconoscono e garantiscono i valori di libertà, anche, terapeutica e di rispetto della persona in tutte le sue estrinsecazioni, con l'entrata in vigore della carta repubblicana nel 1948⁸³⁰. Anche in materia sanitaria, vi sono disposizioni specifiche che, in deroga al principio della incapacità d'agire al di sotto dei diciotto anni, prevedono ipotesi in cui al minore è riconosciuta la facoltà di scelta autonoma su tematiche di forte connotazione individuale⁸³¹. In particolare, i minorenni, ad esempio, hanno diritto di usufruire da soli delle strutture per la cura delle tossicodipendenze e la loro riservatezza deve essere tutelata anche nei confronti dei genitori⁸³²; possono accedere alla contraccezione presso strutture sanitarie e consultori, ma su prescrizione medica *ex art. 2* della legge n. 194 del 1978. Dunque, vi è una crescente rilevanza della volontà del minore capace di discernimento in ordine ai trattamenti sanitari che trova esplicito riconoscimento in alcune disposizioni normative. Altre, dalla portata sopranazionale, si limitano a stabilire l'obbligo per gli adulti di tenere conto della volontà del minore se matura e consapevole⁸³³. In proposito, l'art. 84 della Carta europea dei diritti fondamentali dell'Unione europea afferma che i bambini “*possono esprimere liberamente la propria opinione: questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità*”⁸³⁴. Anche la Convenzione di Oviedo fa riferimento alla posizione del minore, affermando all'art. 6 che “*nei casi in cui secondo la legge un minore non possiede la capacità di dare il consenso a un intervento,*

civili del matrimonio. Inoltre, lo stesso articolo 316 c.c stabilisce che “*in caso di contrasto su questioni di particolare importanza*” si può ricorrere al Tribunale per i minorenni, il quale, sentiti i genitori ed il figlio ultraquattordicenne, “*attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio*”. Nelle materie, dunque, più delicate il legislatore sembra escludere che la volontà di uno solo dei genitori sia valida. Riguardo ai figli naturali, l'esercizio della potestà genitoriale è regolato dall'art. 317-bis c.c. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 147 ss.

⁸²⁹ C. Vignali, “*La tutela della salute del minore*”, in *Dir. Fam. Pers.*, 2005, 1430. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 147 ss.

⁸³⁰ G. M. Vergallo, op. cit., 147 ss.

⁸³¹ Infatti, l'integrità fisica ed il benessere sono valori rispetto ai quali si raggiunge prima la maturità perché le loro lesioni sono sempre sofferte in prima persona dal minore, mentre il rapporto con i beni meramente patrimoniali è sempre mediato dalla presenza dei genitori che ne hanno la proprietà. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 147 ss.

⁸³² Art. 95 della legge n. 685/1975, come sostituito dal D.P.R. n. 309/90. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 147 ss.

⁸³³ G. M. Vergallo, op. cit., 147 ss.

⁸³⁴ G. M. Vergallo, op. cit., 147 ss.

quest'ultimo può essere effettuato solo con l'autorizzazione del suo rappresentante, o di un'autorità o di un organo designato dalla legge"⁸³⁵. Attraverso questi esempi emerge chiaramente che è rilevante la volontà del minore a seconda dell'età, della maturità e della sua capacità di discernimento, soprattutto dopo l'avvento della carta costituzionale, che ha introdotto un mutamento del sistema di valori e della considerazione del minore all'interno della famiglia e nella società⁸³⁶. Detto ciò, non si può prescindere, per l'accesso ai trattamenti sanitari, dal coinvolgimento dei genitori del minore: riconosciuta al minore è la facoltà di scelta autonoma⁸³⁷. Il legislatore, così non ha voluto salvaguardare la libertà di autodeterminazione in ordine alla tutela della salute, bensì ha scelto di proteggere la riservatezza e l'equilibrio psicologico della persona minorenni, permettendole di non coinvolgere il genitore qualora viva in modo patologico o ansiogeno la sua presenza e conoscenza dei fatti⁸³⁸. In questa prospettiva, si colloca anche l'art. 38 del codice deontologico medico che valorizza la volontà del minore, statuendo che: *"Il medico, compatibilmente con l'età, con la capacità di comprensione e con la maturità del soggetto, ha l'obbligo di dare adeguate informazioni al minore e di tenere conto della sua volontà. In caso di divergenze insanabili rispetto alle richieste del legale rappresentante deve segnalare il caso all'autorità giudiziaria"*⁸³⁹. Dunque, il medico non ha alcun obbligo di attenersi alle scelte del minore capace di autodeterminarsi, come invece deve fare quando l'assistito è maggiorenne⁸⁴⁰. Se il medico considera l'assistito capace di autodeterminarsi, l'eventuale contrasto tra la volontà del minore e del legale rappresentante obbliga il medico, in primo luogo, a comporlo e successivamente, in caso di impossibilità di pervenire ad una decisione unanime, il professionista deve portare il caso a conoscenza del Tribunale per i minorenni, competente *ex art. 38 disp. att. c.c.*⁸⁴¹ Per quanto riguarda la persona interdetta, la soluzione va trovata nell'articolo 424 c.c., che estende agli interdetti le disposizioni sulla tutela dei minori, e nell'articolo 357 c.c., ai sensi del quale *"tutore ha la cura della persona del minore, lo rappresenta in tutti gli atti civili e ne amministra i beni"*⁸⁴². La soluzione, qui, è diversa, dato che l'interdizione impedisce alla persona solo gli atti negoziali. Secondo la tesi maggioritaria, di conseguenza, il

⁸³⁵ G. M. Vergallo, op. cit., 147 ss.

⁸³⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 147 ss.

⁸³⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 147 ss.

⁸³⁸ G. M. Vergallo, op. cit., 147 ss.

⁸³⁹ G. M. Vergallo, op. cit., 147 ss.

⁸⁴⁰ G. M. Vergallo, op. cit., 152 ss.

⁸⁴¹ G. M. Vergallo, op. cit., 152 ss.

⁸⁴² G. M. Vergallo, op. cit., 152 ss.

consenso informato ha natura non negoziale e la manifestazione di volontà dell'interdetto è valida, purché capace di intendere e di volere. La disciplina deontologica illustrata per i minori, in virtù dell'espresso richiamo dell'art. 38 del c.d.m., si applica anche agli interdetti⁸⁴³.

3.1.9 Il carattere personale del consenso

In linea di principio, stante la necessità del requisito della “personalità” del consenso informato non è valido il consenso espresso dai congiunti del malato, ad esempio, maggiorenne e capace di intendere e di volere⁸⁴⁴. Tuttavia, l'intervento dei parenti del paziente sembra essere opportuno nei casi in cui il malato, pur maggiorenne e capace di intendere e di volere, possa avere difficoltà nel decidere consapevolmente sul rapporto tra rischi e benefici di un trattamento sanitario, anche solo per l'età avanzata o per particolare emotività di carattere⁸⁴⁵. In tali situazioni, l'intervento dei parenti non può sostituire la manifestazione di volontà del malato, essendo quest'ultimo capace di intendere e di volere. Quindi il medico agisce correttamente se acquisisce il consenso informato direttamente dall'interessato, senza coinvolgere i parenti. Per adempiere, però, in modo pienamente diligente all'acquisizione del consenso, è opportuno che egli coinvolga nel suo rapporto con il paziente, previo consenso di quest'ultimo, una persona di fiducia, anche estranea alla cerchia di parenti, che lo aiuti ad entrare in comunicazione con il malato, affinché questi possa raggiungere una decisione effettivamente consapevole⁸⁴⁶.

⁸⁴³ G. M. Vergallo, op. cit., 152 ss.

⁸⁴⁴ G. M. Vergallo, op. cit., 152 ss.

⁸⁴⁵ G. M. Vergallo, op. cit., 152 ss.

⁸⁴⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 161 ss.

3.1.10 L'effettività del consenso informato

La dottrina discute sul controverso problema se il consenso presunto sia sufficiente ad esentare il medico da censure di responsabilità professionale o se, invece, sia necessario acquisire dal malato un consenso esplicito, reale e certo⁸⁴⁷. Per “consenso presunto” si intende la presunzione che il paziente, se avesse potuto esprimere la propria volontà, avrebbe sicuramente deciso di sottoporsi all'intervento medicalmente necessario⁸⁴⁸. Il riferimento è ai casi in cui il paziente non è in grado di dare il proprio consenso nel momento in cui si presenta la necessità di eseguire un intervento medico, in mancanza di tutti i presupposti richiesti dall'art. 54 c.p.⁸⁴⁹ Evidente è infatti che, se tale intervento fosse giustificato dallo stato di necessità, il problema della rilevanza del consenso presunto non sussisterebbe⁸⁵⁰. La presunzione può essere riservata ai parenti o ad altre persone scelte dal malato stesso – i quali conoscendolo bene sono i soggetti più idonei ad interpretare la sua volontà – oppure può essere compiuta dal medico. Egli, però, non avendo di solito un pregresso rapporto di amicizia con il paziente, può basare la propria decisione solo sull'effettiva idoneità dell'intervento ad arrecare un beneficio alla sua salute e su quanto gli riferiscono i parenti circa la presumibile volontà del malato⁸⁵¹. Se, tuttavia, il compito di presumere cosa avrebbe deciso il malato, qualora fosse stato capace di prestare il consenso, è affidato al medico, allora l'istituto diventa pericoloso: per il paziente, il quale rimarrebbe in balia della discrezionalità del sanitario, e per il medico, che, in caso di querele o citazioni, sarebbe rimesso alla valutazione soggettiva

⁸⁴⁷ V. Zambrano, “*Interesse del paziente e responsabilità medica*”, in P. Stazione, S. Sica, “*Professioni e responsabilità civile*”, Bologna, 2006, 1041 ss. R. De Matteis, “*La malpractice medica*”, in Cendon P., A. Baldassarri, “*Il danno alla persona*”, Bologna, 2006, 1332. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 161 ss.

⁸⁴⁸ In realtà, nella dottrina penalistica, che ha trattato questo tema in prospettiva generale, e non circoscritta al trattamento medico, quest'aspetto è controverso. Secondo un autorevole orientamento, infatti, poiché tutte le cause di giustificazione previste dall'ordinamento hanno contenuto oggettivo, non è necessaria la convinzione dell'agente circa il fatto che l'avente diritto avrebbe consentito qualora avesse potuto manifestare la propria volontà. Anzi, affinché abbia efficacia giustificante, sono necessarie la presenza di tutti i presupposti oggettivi necessari per la validità del consenso presunto, al pari di quello reale, e la contrapposizione tra due o più beni giuridici dell'avente diritto, di cui quello prevalente viene protetto, mentre quello di minor valore viene leso. Si veda R. Riz, “*Il consenso dell'avente diritto*”, Padova, 1979, 199 ss. Tuttavia, poiché nel trattamento medico gli interessi del paziente rivestono particolare importanza, giungendo persino ad esorbitare dal limite di cui all'art. 5 c.c., e le conseguenze possono essere permanenti, come tipicamente avviene negli interventi chirurgici, la rilevanza giuridica del consenso presunto non può prescindere dall'accertamento che il paziente avrebbe sicuramente acconsentito qualora avesse avuto la possibilità di esprimersi. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 161 ss.

⁸⁴⁹ G. M. Vergallo, op. cit., 161 ss.

⁸⁵⁰ G. M. Vergallo, op. cit., 161 ss.

⁸⁵¹ G. M. Vergallo, op. cit., 161 ss.

del giudice circa la presumibile volontà del malato⁸⁵². Anche la dottrina sostiene la rilevanza giuridica del consenso presunto, considerandolo “uno strumento da usare con la dovuta parsimonia”, ed in particolare “da ancorare ad elementi indiziari gravi, precisi e concordanti” e sempre “nell’interesse esclusivo del paziente”⁸⁵³. Tuttavia, secondo questa tesi è lecito l’ulteriore intervento rispetto a quello programmato, eseguito senza il consenso informato del paziente perché anestetizzato, se si può ricostruire la presumibile volontà del malato attraverso le dichiarazioni di persone dallo stesso scelte ed indicate nominativamente nella cartella clinica. Questo vale nell’ipotesi in cui il paziente non abbia accettato il diverso intervento⁸⁵⁴. Tale impostazione appare poco rispondente agli effettivi interessi del malato ed alla realtà della situazione clinica ed operativa che si verifica nella fattispecie di cui si discute. Infatti, se si attribuisse rilevanza giuridica al consenso presunto, il medico, oltre a dover valutare la decisione migliore per la salute del paziente, dovrebbe preoccuparsi di contattare le persone indicate dal malato ed attendere le loro decisioni in merito a ciò che il loro caro avrebbe scelto se non fosse stato sotto anestesia⁸⁵⁵. Ne seguirebbe, come conseguenza, la perdita di tempo prezioso o si costringerebbe, così, il medico, per timore di farsi carico di gravi responsabilità, ad astenersi dall’intervenire, con danni irreparabili alla salute e alla vita stessa del paziente. Inoltre, il consenso presunto, categoria non rispondente ad alcuna disposizione normativa, appare difficilmente adattabile ai trattamenti sanitari⁸⁵⁶. Parte della dottrina, infatti, rileva che, al pari del consenso esplicito, anche quello presunto è inapplicabile agli interventi chirurgici in ragione del limite di cui all’art. 5 c.c.⁸⁵⁷ In secondo luogo, per essere giuridicamente rilevante, il consenso presunto deve presentare caratteristiche obiettive, tra cui la “presenza di tutti i presupposti richiesti (...) per un consenso valido ed operante”⁸⁵⁸. Ciò significa che il consenso presunto deve essere

⁸⁵² A. Fiori, “*Medicina legale della responsabilità medica*”, Milano, 1999; A. Manna, “*Considerazioni in tema di consenso presunto*”, in *Giust. pen.*, 1984, 168. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 161 ss

⁸⁵³ M. Bilancetti, “*La responsabilità penale e civile del medico*”, op. cit., 317 ss; Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 161 ss.,

⁸⁵⁴ G. M. Vergallo, op. cit., 161 ss

⁸⁵⁵ Peraltro, oltre a non essere chiaro fino a quale grado di parentela sia necessario coinvolgere i familiari, appare evidente che se si richiede, ai fini della validità del consenso presunto, l’unanimità dei consensi dei parenti interpellati, ne risulta ampiamente ridotta la rilevanza applicativa dell’istituto. Del resto, se si ammette la possibilità di considerare valido il consenso espresso a maggioranza, si perde l’utilità di questa procedura in termini di tutela della libertà di autodeterminazione, perché, essendoci una parte di parenti dissenziente, rimane il dubbio che il paziente avrebbe espresso una volontà diversa da quella della maggioranza. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 161 ss

⁸⁵⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 161 ss

⁸⁵⁷ A. Manna, “*Trattamento sanitario “arbitrario”: lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*”, in *Ind. Pen.*, 2004, 453. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 161 ss.

⁸⁵⁸ R. Riz, “*Il consenso dell’avente diritto*”, op. cit., 203; M. Bilancetti, “*La responsabilità penale e civile del medico*”, op. cit., 317, secondo i quali, altri e due requisiti del consenso presunto sono la mancanza di

effettivo, libero ed attuale, deve avere ad oggetto un diritto disponibile e provenire dalla persona che ne è titolare, la quale deve anche avere la capacità d'agire⁸⁵⁹. In campo sanitario, tuttavia, la libertà di fare una scelta autentica, non viziata da errore, dolo o violenza, vuole una specificazione. Infatti, nei trattamenti sanitari sulla persona, l'effettiva libertà del consenso presuppone che il paziente riceva le informazioni necessarie a consentirgli di prendere una decisione consapevole. Dunque, poiché il consenso non informato non è valido, ne consegue l'irrilevanza giuridica del consenso presunto, proprio perché non informato in quanto il paziente non può ricevere le informazioni⁸⁶⁰. Ove, invece, si ritenga che, in questi casi, la mancanza di informazione al paziente sia surrogata dall'informazione data ai parenti, chiamati dal medico a presumerne la volontà, l'irrilevanza del consenso presunto sembra derivare dalla mancanza di potere rappresentativo in capo ai familiari stessi⁸⁶¹. La rilevanza, quindi, del consenso presunto appare da circoscrivere ad ambiti diversi da quello sanitario, come emerge dalla casistica teorizzata in dottrina⁸⁶². Quando il consenso ha ad oggetto prestazioni sanitarie che comportano conseguenze permanenti per la salute del soggetto su cui sono eseguite, è difficile concretamente che i parenti possano essere certi che egli accetterebbe di sottoporsi ad un intervento che, in caso di esito fausto, cura la patologia in atto, ma determina una menomazione permanente⁸⁶³. Nell'ipotesi di esito infausto, invece, riduce il periodo di sopravvivenza del malato rispetto a quanto avverrebbe se si lasciasse la malattia fare il proprio corso⁸⁶⁴. Differente è la questione del consenso non in forma orale, ma per *facta concludentia*, ossia mediante un qualsiasi comportamento incompatibile con la volontà di rifiutare il trattamento, come la spontanea accondiscendenza verso l'intervento prescelto dal medico. Mancando un divieto normativo, secondo parte della giurisprudenza, valido è questo tipo di consenso, sostanzialmente implicito⁸⁶⁵.

una manifestazione effettiva di volontà e la concreta situazione di contrasto tra due o più beni dell'avente diritto, il quale porta l'agente a sacrificare il bene di minor valore per salvaguardare quello prevalente. Il Bilancetti introduce anche la mancanza del dissenso da parte del paziente. G. M. Vergallo, op. cit., 169 ss.

⁸⁵⁹ F. Mantovani, "Diritto penale. Parte generale.", op. cit., 262 ss. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 169.

⁸⁶⁰ G. M. Vergallo, op. cit., 169 ss.

⁸⁶¹ M. Bilancetti, "La responsabilità penale e civile del medico" op. cit., pag. 299. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 169.

⁸⁶² R. Riz, "Il consenso dell'avente diritto", op. cit. 209; G. Fiandaca- E. Musco, "Diritto penale. Parte generale", Bologna, 1995, 229. Si veda M. Vergallo, op. cit., 169 ss.

⁸⁶³ G. M. Vergallo, op. cit., 169 ss.

⁸⁶⁴ Cass. pen., n. 5639/1992. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 169 ss.

⁸⁶⁵ G. M. Vergallo, op. cit., 169 ss.

3.1.11 La revocabilità

Il consenso informato può essere revocato dal paziente in qualsiasi momento, fino all'inizio dell'intervento. Tale principio non è mai stato contestato, considerando che se si escludesse la possibilità di revocare il consenso si imporrebbe un trattamento sanitario come obbligatorio, al di fuori dei necessari presupposti *ex art. 32, comma 2, Cost.* e si entrerebbe in contraddizione con la *ratio* e con la natura del consenso informato⁸⁶⁶. Infatti, poiché il paziente ha il diritto di scegliere consapevolmente se e a quale trattamento medico sottoporsi, sarebbe incoerente ed illogico impedirgli di revocare il consenso dato. Tuttavia, se la validità del consenso presuppone l'informazione del paziente, così la revoca, per essere valida e vincolante per il medico, deve esser consapevole ed informata⁸⁶⁷. Dunque, sembra rientrare nei canoni di diligenza e di prudenza portare a conoscenza del paziente il rapporto tra i costi ed i benefici non solo del trattamento e delle sue alternative diagnostico-terapeutiche, ma anche della mancanza di terapia⁸⁶⁸. Il medico deve insistere nel ricordare al paziente le conseguenze della sua decisione perché *medio tempore* il malato potrebbe divenire meno lucido rispetto al momento in cui aveva manifestato il consenso⁸⁶⁹. Se, invece, il consenso del paziente si è formato solo in relazione al rapporto tra costi e benefici del trattamento propostogli e delle alternative terapeutiche, senza alcun accenno alle conseguenze cui andrebbe incontro in mancanza di ogni terapia, la successiva revoca del consenso darebbe al medico l'occasione di integrare tali informazioni precedentemente omesse⁸⁷⁰. In caso contrario, oltre all'invalidità della revoca, sembra essere non valido neanche l'originario consenso parzialmente informato, perché, essendo funzionale a realizzare "il diritto del paziente a privilegiare il proprio stato attuale"⁸⁷¹, la sua validità non può prescindere dalla completa informazione anche sui pericoli e sulle conseguenze della scelta di non sottoporsi ad alcun trattamento diagnostico o terapeutico.

⁸⁶⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 171 ss.

⁸⁶⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 171 ss.

⁸⁶⁸ G. M. Vergallo, op. cit., 171 ss.

⁸⁶⁹ G. M. Vergallo, op. cit., 171 ss.

⁸⁷⁰ G. M. Vergallo, op. cit., 171 ss.

⁸⁷¹ Cass. pen., n. 5639/1992. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 171 ss.

3.1.12 L'attualità

Il requisito dell'attualità è funzionale all'esigenza di garantire la genuinità e l'effettività della volontà manifestata dal paziente, in quanto il consenso o il dissenso, pur informati, espressi a distanza di tempo dall'esecuzione del trattamento potrebbero non rispecchiare più la reale volontà del paziente al momento dell'intervento⁸⁷². Tuttavia, l'esclusione generalizzata di ogni rilevanza della volontà pregressa del paziente rischia di compromettere la libertà di autodeterminazione, e quindi, sostanzialmente, di risolversi in una contraddizione della stessa esigenza di fondo che ha portato all'elaborazione dell'attualità come requisito di validità del consenso⁸⁷³. Le "direttive anticipate", al pari di altre analoghe, seppur non coincidenti, locuzioni come "testamento biologico", "testamento di vita", "manifestazione anticipata di volontà" ed altre, consistono in una dichiarazione scritta con la quale una persona, dotata di capacità piena, naturale e giuridica, esprime la propria volontà circa i trattamenti, anche non urgenti, ai quali desidererebbe o rifiuterebbe di essere sottoposta nel caso in cui, a causa del decorso di una malattia o di traumi improvvisi, non fosse più in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato⁸⁷⁴. Già da questa definizione, seguita dalla Convenzione di Oviedo, emerge che le direttive anticipate hanno il compito di recuperare, nei limiti del possibile, anche nelle situazioni di incomunicabilità, causata dall'incapacità decisionale del malato, il ruolo che ordinariamente viene svolto dal dialogo informato tra questi ed il medico, con lo scopo di evitare che l'impossibilità per il paziente di esprimersi possa indurre i medici a considerarlo, anche inconsapevolmente, non più come una persona con la quale concordare il programma terapeutico ottimale, ma soltanto come un corpo⁸⁷⁵. Così anche la manifestazione anticipata di trattamento⁸⁷⁶. Di conseguenza, le dichiarazioni anticipate, così come le manifestazioni di volontà assunte dal malato nell'imminenza della terapia da praticare, non possono porsi in contrasto con il diritto positivo, con le norme di buona pratica clinica o con la deontologia, né imporre al medico prestazioni che egli considera, in

⁸⁷² G. M. Vergallo, op. cit., 172 ss.

⁸⁷³ G. M. Vergallo, op. cit., 172 ss.

⁸⁷⁴ A. Santosuosso, "A proposito del "living will" e di "advance directives": note per il dibattito", in *Pol. Dir.*, 1990, 484; S. Amato, "Le dichiarazioni anticipate di trattamento", in AA. VV., 441 ss. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 172.

⁸⁷⁵ G. M. Vergallo, op. cit., 175 ss.

⁸⁷⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 175 ss.

scienza ed in coscienza, inaccettabili⁸⁷⁷. In materia le Regioni non possono legiferare. La Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7 della legge della Regione Toscana 15 novembre 2004, n. 63, secondo cui "Ciascuno ha diritto di designare la persona a cui gli operatori sanitari devono riferirsi per riceverne il consenso a un determinato trattamento terapeutico, qualora l'interessato versi in condizione di incapacità naturale e il pericolo di un grave pregiudizio alla sua salute o alla sua integrità fisica giustifichi l'urgenza e indifferibilità della decisione", e dell'art. 8 della medesima legge, il quale disciplina il procedimento per rendere le dichiarazioni di volontà indicate dall'art. 7⁸⁷⁸. Secondo la Corte Costituzionale, infatti, nelle citate disposizioni "il legislatore regionale ha ecceduto dalle proprie competenze, regolando l'istituto della rappresentanza che rientra nella materia dell'ordinamento civile, riservata allo Stato, in via esclusiva, dall'art. 117 Cost., secondo comma, lettera l), della Costituzione"⁸⁷⁹. Pertanto, nella disciplina delle direttive anticipate le singole Regioni non possono apportare alcun contributo, almeno fino a quando il legislatore non detterà una prima regolamentazione. Un più significativo riconoscimento della rilevanza delle direttive anticipate è stato sancito dall'art. 38, ultimo comma, del vigente codice deontologico, secondo cui "*Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà, deve tenere conto nelle proprie scelte di quanto precedentemente manifestato dallo stesso in modo certo e documentato*"⁸⁸⁰. Al problema dell'efficacia giuridica delle direttive anticipate è stata una prima risposta nel 2001⁸⁸¹, con la ratifica della Convenzione di Oviedo, la quale all'art. 9 ha stabilito che il medico deve prendere in considerazione "*i desideri precedentemente espressi dal paziente*", in ordine a trattamenti sanitari che, nel momento in cui si rendono necessari, egli non è più in grado né di accettare né di rifiutare⁸⁸². Tuttavia, sia la previsione del codice di deontologia, sia la Convenzione di Oviedo lasciano il dubbio se tali dichiarazioni

⁸⁷⁷ Comitato Nazionale per la Bioetica, "*Dichiarazioni anticipate di trattamento*", in "*Bioetica*", 2005, 122 ss., precisa che il diritto di scegliere, in previsione dell'eventuale perdita della capacità naturale, quali trattamenti consentire o rifiutare non può essere interpretato come riconoscimento del diritto all'eutanasia o del diritto soggettivo del paziente a morire, in quanto equivale esclusivamente al "diritto di richiedere ai medici la sospensione o la non attivazione di pratiche terapeutiche anche nei casi più estremi e tragici di sostegno vitale, pratiche che il paziente, ove capace, avrebbe il pieno diritto morale e giuridico di rifiutare". Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 175 ss.

⁸⁷⁸ G. M. Vergallo, op. cit., 175 ss.

⁸⁷⁹ Corte Costituzionale, n. 253/2006. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 175 ss.

⁸⁸⁰ G. M. Vergallo, op. cit., 175 ss.

⁸⁸¹ Pret. Roma, 3 aprile 1997; A. Vallini, "*Il significato giuridico-penale del previo dissenso verso le cure del paziente in stato di incoscienza*", in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998, 1432. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 175 ss.

⁸⁸² La versione inglese dell'art. 9 dispone che "*The previously expressed wishes relating to a medical intervention by a patient who is not, at the time of the intervention, in a state to express his or her wishes shall be taken into account*". Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 175 ss.

anticipate di volontà abbiano per il medico efficacia vincolante o meramente orientativa⁸⁸³. Autorevole dottrina rileva come, a prescindere dall'eventuale presenza di testimonianze concordi e di documenti da cui risulti la chiara determinazione del paziente in periodo anteriore alla perdita di coscienza, sia necessario escludere la possibilità di attribuire valore vincolante ad una manifestazione di volontà non attuale e non ricevuta direttamente dal sanitario⁸⁸⁴. Quest'ultima impostazione evidenzia come l'attualità sia un requisito indispensabile di validità della scelta operata dal paziente in ordine ai trattamenti sanitari: il consenso ed il rifiuto esternati quando la persona è ancora sana possono essere meno ponderati e consapevoli, anche perché fondati su un'informazione approssimativa⁸⁸⁵. Di conseguenza, quando il paziente non è in grado di esprimere direttamente al medico la propria disapprovazione nei confronti della scelta terapeutica, costui, in virtù della posizione di garanzia che ricopre, ha l'obbligo di esperire tutte le metodiche necessarie a salvaguardare la salute del paziente⁸⁸⁶. Tuttavia, l'obiezione relativa alla mancanza di attualità delle direttive anticipate è stata efficacemente criticata dal Comitato nazionale di bioetica con tre rilievi. Innanzitutto, è evidente che le dichiarazioni di volontà, redatte in previsione di una malattia e della incapacità naturale, hanno un contenuto contingente, che potrebbe non essere più condiviso in futuro⁸⁸⁷. Pertanto, se la persona decide di formalizzarle in un documento scritto, si assume il rischio che quelle scelte possano non rappresentare più le sue reali aspirazioni nel momento in cui si rendesse necessario il trattamento anticipatamente accettato o rifiutato⁸⁸⁸. Appare illogico ritenere che l'esistenza di questo rischio, che la persona decide di correre coscientemente, debba operare nel senso di togliere validità

⁸⁸³ S. Amato, *“Le dichiarazioni anticipate di trattamento”*, op. cit., 445. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 175 ss.

⁸⁸⁴ G. M. Vergallo, op. cit., 175 ss.

⁸⁸⁵ G. M. Vergallo, op. cit., 175 ss.

⁸⁸⁶ E. Palermo Fabris, *“Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale. Profili problematici del diritto all'autodeterminazione”*, op. cit. 213- 214; M. Barbos Portigliatti, *“Diritto di rifiutare le cure”*, op. cit., 33, secondo il quale si può presumere che in genere l'istinto di conservazione prevalga di fronte alla morte imminente, e che quindi il malato avrebbe acconsentito se si fosse trovato in stato di capacità. Inoltre, il Comitato Nazionale per la Bioetica considera che le dichiarazioni anticipate non possono assolutamente essere intese come una pratica da utilizzare per indurre o per facilitare logiche di abbandono terapeutico, neppure in modo indiretto. Infatti, le indicazioni fornite dal paziente, sebbene espresse in forma generica, non possono mai essere applicate burocraticamente ed acriticamente, essendo richiesta sempre una contestualizzazione nella concreta situazione clinica del singolo paziente. Del resto, anche in presenza di un rifiuto attuale, il medico non è esonerato dall'obbligo di prospettare le eventuali terapie alternative a quella respinta e di tentare, attraverso il dialogo, di convincere il paziente ad accettare il trattamento proposto. Il fondamento di questi due obblighi risiede non solo nell'esigenza di evitare una frettolosa desistenza da parte del medico, ma anche nella necessità di verificare se sia veramente consapevole e radicato il dissenso del paziente. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 175 ss.

⁸⁸⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 175 ss.

⁸⁸⁸ G. M. Vergallo, op. cit., 175 ss.

alle sue indicazioni⁸⁸⁹. In secondo luogo, esigere che la manifestazione del consenso o del rifiuto sia valida solo se attuale rispetto all'atto medico da eseguire, equivale ad affermare che la volontà del paziente debba essere rispettata fin quando costui, pienamente cosciente, sia in grado di ribadirla, con la conseguenza inaccettabile che questa impostazione induce a legittimare una logica di paternalismo medico proprio nei confronti di quei soggetti che, con la firma su un documento, hanno dimostrato di tenere in modo particolare alla loro autonomia⁸⁹⁰. Dunque, appare inopportuno, sul piano metodologico e su quello delle conseguenze concrete, spingersi al punto di non tenere in considerazione la libertà di autodeterminazione della persona, per evitare il rischio che la scelta espressa nelle direttive anticipate possa divergere da quella che il paziente avrebbe fatto in presenza dello stato morboso⁸⁹¹. Infine, le direttive anticipate, come tutte le dichiarazioni di volontà in ordine ai trattamenti sanitari, sono revocabili o modificabili fino all'ultimo momento precedente la perdita della consapevolezza. Pertanto il mancato esercizio del diritto di revoca rende sostanzialmente attuale la scelta anticipata⁸⁹². Del resto, attribuire rilevanza alle direttive anticipate appare necessario sia

⁸⁸⁹ G. M. Vergallo, op. cit., 175 ss.

⁸⁹⁰ G. M. Vergallo, op. cit., 175 ss.

⁸⁹¹ In queste situazioni, essendo comunque necessario decidere se intervenire o desistere dall'iniziativa terapeutica, l'alternativa è tra attenersi alle indicazioni espresse dalla persona quando era ancora nel pieno possesso delle sue facoltà, o disattenderle perché vi è la possibilità che l'interessato abbia mutato opinione nel lasso di tempo tra la dichiarazione e la perdita di coscienza. Nella valutazione di quest'alternativa appare utile tenere presente che il cambiamento della decisione è solo un rischio, in quanto la certezza si può avere solo nel momento in cui il soggetto non provveda alla modifica o alla revoca dell'originaria direttiva. Appare necessario che ogni cambiamento di contenuto della direttiva avvenga nella stessa forma con la quale questa era stata espressa. Infatti, appare arbitrario ritenere di poter dimostrare il mutamento della scelta attraverso le pur numerose ed univoche testimonianze dei parenti, le quali finirebbero in questo modo con il prevalere sul contenuto di un documento redatto direttamente dall'interessato. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 175 ss.

⁸⁹² F. Giunta, "Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche", op. cit., 381, considerando invalida una manifestazione di volontà non contestuale rispetto all'esecuzione del trattamento, si finisce con l'interpretare il requisito dell'attualità "in senso meramente e necessariamente cronologico", quando invece non vi sono ostacoli per intendere l'attualità "in senso logico", valorizzando la mancata revoca della precedente dichiarazione di volontà. Questa dottrina rileva, altresì, che una conferma della vincolatività per il medico della direttiva anticipata logicamente, anche se non cronologicamente, attuale deriva dall'art. 4 della legge 91/1999, in materia di trapianti da cadavere, la quale, pur introducendo una "presunzione di consenso", tramite il meccanismo del silenzio-assenso, consente alla persona di evitare l'espianto *post mortem* semplicemente con una manifestazione di rifiuto che rimane sempre valida e vincolante pur essendo di molti anni antecedente al decesso. P. Frati, M. Arcangeli, "Facoltà di curare e autodeterminazione del paziente", Torino, 2002, 40, evidenziano come sia contraddittorio negare la rilevanza giuridica delle dichiarazioni anticipate e riconoscere valore alla volontà testamentaria o alla scelta di donare gli organi dopo la morte. In senso contrario, S. Tommasi, "Consenso informato e disciplina dell'attività medica", in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2003, 561, considera rischioso inferire dalla disciplina dei trapianti da cadavere conseguenze interpretative di carattere generale, poiché l'esigenza cui risponde lo strumento di silenzio-assenso appare talmente peculiare e settoriale da impedire di trarne indicazioni utili per la soluzione del problema dell'attualità delle direttive anticipate. Questo perché, nei trapianti da cadavere, l'eventuale divergenza tra la volontà formale, risultante dal pregresso rifiuto o dal silenzio-assenso, e quella effettiva non incide sulla vita o sulla salute della persona, essendo già deceduta, mentre negli altri trattamenti sanitari l'accertamento della reale

per non discriminare il soggetto incapace di intendere e di volere rispetto al paziente capace, sia per ragioni di coerenza del sistema. Infatti, la dottrina considera “intollerabile che, una volta, posto a base della bioetica il principio del consenso informato, continuino a sussistere delle condizioni per cui un soggetto sia all’improvviso non solo privo di diritti, ma addirittura ridotto a mero oggetto delle decisioni altrui⁸⁹³. Tuttavia, i dubbi sul carattere vincolante delle dichiarazioni anticipate riguardano non solo il profilo della loro attualità, ma anche quello della loro idoneità a rappresentare una valida manifestazione della volontà sotto il profilo della consapevolezza⁸⁹⁴. Un argomento significativo, contrario, alla valenza obbligatoria delle dichiarazioni anticipate sta nella loro inevitabile astrattezza, intesa come incapacità di tenere conto dell’effettiva situazione clinica ed esistenziale nella quale potrebbe in futuro trovarsi il soggetto che le redige⁸⁹⁵. Infatti, la sua difficoltà di esprimere correttamente le situazioni cliniche, in riferimento alle quali intende formalizzare la propria volontà, può essere fonte di ambiguità nelle indicazioni e, quindi, di dubbi al momento della loro applicazione⁸⁹⁶. Inoltre occorre considerare il fatto che il medico non può informare il paziente, né quest’ultimo può chiedere chiarimenti sui vantaggi o gli svantaggi della prestazione che egli richiede⁸⁹⁷. Non a caso l’art. 9 della Convenzione di Oviedo usa il termine “*wishes*”, che, al contrario di parole più incisive come “*choices*” o “*decisions*”, non richiama affatto l’idea di desideri imposti a terzi. Dunque, l’interpretazione che appare più ragionevole è quella secondo cui l’interessato vuole che i suoi desideri siano rispettati, ma a condizione che conservino la loro attualità, ossia solo nel caso che ricorrano le condizioni da lui stesso indicate⁸⁹⁸. D’altronde il medico ha l’obbligo di verificare che le indicazioni contenute nel documento siano compatibili con la situazione presente e siano ancora valide, sul piano della consapevolezza delle scelte, riservando particolare attenzione al progresso

intenzione del malato al momento dell’esecuzione della prestazione invasiva costituisce esigenza di ben altra delicatezza perché in gioco è l’integrità fisica e spesso persino la sopravvivenza del paziente. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 175 ss.

⁸⁹³ S. Amato, “*Le dichiarazioni anticipate di trattamento*”, op. cit. 444; L. Balestra, “*Il testamento biologico nell’evoluzione del rapporto medico-paziente*”, in *Fam. Pers. Succ.*, 2006, 102. G. M. Vergallo, op. cit., 175 ss.

⁸⁹⁴ G. M. Vergallo, op. cit. 176 ss.

⁸⁹⁵ G. M. Vergallo, op. cit., 176 ss.

⁸⁹⁶ G. M. Vergallo, op. cit. 176 ss.

⁸⁹⁷ S. Amato, ne “*Le dichiarazioni anticipate di trattamento*”, op. cit., 447, sostiene “il medico, paradossalmente, si trova a curare, più che una persona che soffre, un documento redatto in forma legale ed il paziente si trova ad essere garantito ed assistito, piuttosto che da un medico, da qualche riga di un atto”. Si veda G. M. Vergallo, op. cit. 176 ss.

⁸⁹⁸ G. M. Vergallo, op. cit. 176 ss.

tecnologico realizzatosi dopo la redazione delle direttive⁸⁹⁹. Di conseguenza, per tutelare l'autonomia di tutti i soggetti coinvolti, appare saggio attribuire alle dichiarazioni anticipate di trattamento un carattere non aprioristicamente vincolante, né meramente orientativo: in concreto, il medico non può eseguire meccanicamente i desideri del paziente, avendo invece "l'obbligo di valutarne l'attualità in relazione alla situazione clinica di questo ed agli eventuali sviluppi della tecnologia medica o della ricerca farmacologica che possano essere avvenuti dopo la redazione delle dichiarazioni anticipate o che possa sembrare palese che fossero ignorati dal paziente"⁹⁰⁰. Difatti, l'efficacia vincolante delle direttive è sconsigliata sia dal pericolo che la concreta situazione clinica differisca, anche solo parzialmente, da quella ipotizzata dall'interessato nel momento della redazione delle direttive, sia dalla probabilità che un progresso tecnologico non pienamente conosciuto dal paziente renda non più attuale e autenticamente consapevole la dichiarazione anticipata⁹⁰¹. Non merita, dall'altra parte, di riconosciuto neanche il valore meramente orientativo, poiché in questo modo si lascerebbe al medico una piena libertà decisionale ed operativa che comporterebbe il conferimento di un potere paternalistico e lo svuotamento di senso delle dichiarazioni anticipate, prive di applicazione pratica⁹⁰². Secondo un autorevole dottrina, la validità delle *advanced directives* non appare inconciliabile con il nostro modello costituzionale, purché esse non arrivino a soppiantare ogni indagine sugli interessi attuali della persona incapace⁹⁰³. Infatti, lo stato di incapacità naturale non sminuisce il valore del rifiuto anticipato, ma investe il medico del compito di "sincerarsi circa l'effettiva riferibilità di quel dissenso a quelle cure. Il medico dovrà tener conto della precedente dichiarazione del malato (...) per valutare se in essa sia riconoscibile un dissenso effettivamente riferito al caso concreto"⁹⁰⁴. Nello svolgimento di questa verifica, egli deve accertare se vi sia corrispondenza tra il contenuto della direttiva e le peculiarità della fattispecie concreta ossia se esista un'identità tra il tipo di trattamento da eseguire e quello rifiutato

⁸⁹⁹ G. M. Vergallo, op. cit. 176 ss.

⁹⁰⁰ Comitato Nazionale per la Bioetica, "Dichiarazioni anticipate di trattamento", 14. Si veda G. M. Vergallo, op. cit. 176 ss.

⁹⁰¹ G. M. Vergallo, op. cit. 176 ss.

⁹⁰² G. M. Vergallo, op. cit. 176 ss.

⁹⁰³ F. Businelli, "Bioetica e diritto privato", Torino 2001, 27. Si veda G. M. Vergallo, op. cit. 176 ss.

⁹⁰⁴ A. Vallini, ne "Il valore del rifiuto di cure "non confermabile" dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la bioetica", in Dir. Pubbl., 2003, 13, spiega ulteriormente che la sopravvenuta incoscienza non può determinare la rottura del principio dell'eccezionalità dei trattamenti *contra voluntatem*, avendo solo l'effetto di rendere più difficile l'accertamento dell'esistenza di un reale dissenso nel caso concreto.

attraverso la dichiarazione anticipata⁹⁰⁵. Un punto su cui la dottrina entra in collisione con l'elaborazione del Comitato Nazionale per la Bioetica è rappresentato dalla forma delle direttive anticipate⁹⁰⁶. Secondo il Comitato, essa deve essere necessariamente scritta, in quanto riconoscere validità anche alle dichiarazioni orali darebbe luogo a riserve sulla loro effettiva ponderazione, ed implicherebbe difficoltà circa la loro prova perché richiederebbe l'audizione delle persone che sono a conoscenza delle preferenze del paziente in campo sanitario, nonché una pur sommaria valutazione delle attendibilità di questi testimoni⁹⁰⁷. Tuttavia, secondo l'orientamento prevalente giurisprudenziale, le direttive anticipate non possono essere rilevanti per la mancanza di attualità. In conclusione, occorre tenere presente che se non è valido il consenso disinformato, allo stesso modo dovrebbe essere considerata invalida la manifestazione anticipata di trattamento dalla quale non risulti che l'interessato era a conoscenza dei dati che il medico gli avrebbe comunicato per consentirgli di esercitare in piena consapevolezza la libertà di autodeterminazione⁹⁰⁸. Di conseguenza, affinché la direttiva sia valida e possa quindi influire sulle scelte del medico, dovrebbe essere necessario il dialogo e lo scambio di informazioni tra l'interessato ed il medico, che non può essere il medico generico, se la dichiarazione anticipata ha ad oggetto prestazioni specialistiche. Tuttavia, in concreto, questa regola può essere disattesa se per la semplicità del caso, per la conoscenza delle sue caratteristiche da parte dell'interessato o per altro motivo, la consapevolezza della scelta non richiede l'ordinaria opera di informazione da parte del professionista⁹⁰⁹.

3.1.13 La capacità naturale

Fino ad ora si è, in parte, sottinteso un dato fondamentale – anticipato nel paragrafo dedicato alle *“Eccezioni alla regola del consenso del paziente”* – specialmente per addivenire alla trattazione del cuore del tema in oggetto: perché il paziente possa

⁹⁰⁵ G. M. Vergallo, op. cit. 176 ss.

⁹⁰⁶ G. M. Vergallo, op. cit. 176 ss.

⁹⁰⁷ G. M. Vergallo, op. cit. 176 ss.

⁹⁰⁸ G. M. Vergallo, op. cit. 176 ss.

⁹⁰⁹ G. M. Vergallo, op. cit. 176 ss.

esercitare validamente la libertà di autodeterminazione deve essere capace di intendere e di volere⁹¹⁰. Dunque, altra situazione in cui emerge la delicatezza dell'esercizio della professione medica, nel suo aspetto medico-legale, si ha nei casi in cui la persona bisognosa di cure, pur legalmente capace, non sia in grado di condividere le proposte terapeutiche o di rifiutarle⁹¹¹. In tale evenienza, il medico può essere chiamato a rispondere di trattamento arbitrario, che ha rilevanza anche penale, per aver praticato un intervento senza verificare la possibilità per il paziente di recuperare la capacità di intendere e volere e di esprimere un valido consenso⁹¹². Di conseguenza, è opportuno stabilire quali sono i comportamenti che il medico deve adottare e quali quelli da cui astenersi. La dottrina medico-legale, in proposito, ha introdotto una criteriologia valutativa fondata su tre parametri: la reversibilità dello stato di incapacità; la gravità e le potenzialità evolutive della malattia; l'utilità e la procrastinabilità dell'intervento⁹¹³. Dal concorso di questi tre fattori si ricava l'individuazione dei casi in cui l'agire medico è doveroso. Il primo profilo riguarda l'accertamento del carattere non transitorio dello stato di incapacità, ossia il medico deve verificare se quest'ultimo non possa modificarsi in tempo utile affinché il malato sia in grado di esprimere la sua volontà⁹¹⁴. Il secondo attiene all'idoneità della condizione clinica del paziente ad evolvere in un danno irreversibile per la sua integrità fisica. La terza variabile, invece, tiene conto dell'eventuale possibilità di posticipare il trattamento. Quando il paziente è esposto ad un pericolo concreto per la vita, o ad un grave pregiudizio per la sua salute, ed il suo stato di incapacità sia irreversibile o comunque persistente, il medico non deve lasciarsi condizionare dalla necessità di ottenere il consenso informato al trattamento⁹¹⁵. Infatti, l'obbligo di curare trova il proprio limite nella difforme volontà del malato, la quale non può riscontrarsi in tali ipotesi perché egli non è in grado di formare il proprio convincimento⁹¹⁶. Una stabile condizione di incapacità, tale da rendere ragionevolmente

⁹¹⁰ G. M. Vergallo, op. cit. 137 ss.

⁹¹¹ G. M. Vergallo, op. cit. 137 ss.

⁹¹² Anche la scelta di procrastinare il trattamento nell'attesa che il paziente recuperi le sue capacità cognitive può essere fonte di responsabilità per il sanitario qualora ne derivi un danno o, peggio, la morte del paziente, temporaneamente incapace. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 137 ss.

⁹¹³ D. Rodriguez, "Ancora in tema di consenso all'atto medico-chirurgico. Note sulla sentenza del 10 ottobre 1990 della Corte D'Assise di Firenze", op. cit. 1143. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 137 ss.

⁹¹⁴ G. M. Vergallo, op. cit., 137 ss.

⁹¹⁵ G. M. Vergallo, op. cit., 137 ss.

⁹¹⁶ D. Rodriguez, ne "Ancora in tema di consenso all'atto medico-chirurgico. Note sulla sentenza del 10 ottobre 1990 della Corte D'Assise di Firenze", op. cit., 1143, evidenzia come il riconoscimento dell'obbligo del medico di intervenire nelle situazioni di incapacità non tempestivamente reversibili, non equivale a legittimare i trattamenti sanitari arbitrari, in quanto il medico in questi casi si assume anche la responsabilità dell'esistenza dei presupposti che lo obbligano ad omettere la procedura di informazione ed acquisizione del consenso, ossia l'irreversibilità in tempo utile dello stato di incapacità e l'impossibilità di

inutile il differimento del trattamento, dovrebbe determinare in capo al medico l'obbligo di intervenire anche nei casi in cui il danno al paziente sia solo lieve e temporaneo, purché ovviamente il rapporto tra costi e benefici resti vantaggioso per il malato⁹¹⁷. Lo stesso obbligo opera nei casi in cui il rinvio del trattamento, nonostante il carattere transitorio dello stato di incapacità, sia impedito dall'urgenza della situazione clinica. Se, invece, è possibile rinviare la prestazione terapeutica, in quanto non necessaria nell'imminente, e sussiste la possibilità, scientificamente fondata, che il paziente torni *compos sui*, è obbligo del medico aspettare⁹¹⁸. Se il malato recupera la capacità prima che l'evoluzione della patologia renda necessario un trattamento finalizzato ad evitare un pregiudizio alla salute, il medico gli dà l'opportunità di scegliere se essere informato e, conseguentemente, se acconsentire o meno alla proposta terapeutica. Se, invece, l'evoluzione dello stato morboso matura quando il malato non è ancora capace di decidere, l'obbligo di cura non incontra ulteriori limitazioni⁹¹⁹.

rinvia il trattamento in quanto il differimento lo renderebbe inefficace. A sostegno di quest'impostazione si può rilevare che, ferma restando ovviamente la responsabilità in relazione all'indicazione del trattamento ed alle modalità della sua realizzazione, quando si esegue una prestazione terapeutica che sarebbe pericoloso per il paziente procrastinare in attesa che questi recuperi le capacità di autodeterminarsi, è improprio parlare di violazione della regola del consenso informato. Infatti, l'acquisizione del consenso non è possibile nei casi di incapacità persistente ed inutile, se non dannosa, nelle ipotesi di irreversibilità in tempo utile dello stato di incapacità o di rinvio pericoloso del trattamento. Pertanto, in tali circostanze, l'intervento del medico non rappresenta una violazione della regola del consenso, bensì l'adempimento di un obbligo di diligenza professionale che trova il proprio fondamento nell'esigenza di evitare che la regola del consenso si rivolga a danno dello stesso soggetto che invece ne dovrebbe beneficiare, ossia del paziente. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 139 ss.

⁹¹⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 139 ss.

⁹¹⁸ F. Giunta, "Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche", op. cit., 383, secondo il quale è in concreto improbabile che il differimento del trattamento possa avvenire senza pregiudizio per la salute del paziente, in quanto il decorso del tempo aumenta il rischio per il soggetto bisognoso di cure. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 139 ss.

⁹¹⁹ G. M. Vergallo, op. cit., 139 ss.

4. IL CONSENSO INFORMATO IN PSICHIATRIA: INTRODUZIONE

Si rende necessario, giunti a questa sezione della trattazione *de quo*, individuare il punto di contatto tra quanto illustrato fino ad ora e la sua applicazione – il *quomodo* del suo manifestarsi – nella scienza psichiatrica. Parallelamente all'avvento delle tematiche connesse alla bioetica ed alla maturazione deontologica della classe medica, anche la psichiatria ha rivisto il proprio ruolo sociale ed ha trasferito il campo d'azione dalle strutture manicomiali al territorio⁹²⁰. Il radicale cambiamento nel modo di considerare il soggetto affetto da disturbi psichici, avviato con la legge 431/1968 e portato a compimento con la legge 180/1978, ha trasformato il malato di mente da “oggetto” di custodia e di coercizione intramurale in soggetto che, se non interdetto o minore di anni 18, ha il diritto di decidere circa la propria salute, a meno che ricorrano i presupposti del trattamento sanitario obbligatorio⁹²¹. Anche nel caso della malattia mentale, pertanto, il rispetto per la dignità umana (“*Menschenwürde*”, in tedesco) impone al medico di provare a riconoscere al paziente psichiatrico spazi di autodeterminazione, che devono essere cercati attraverso l'incontro umano: è scomparso il filtro della malattia mentale e dell'istituzione psichiatrica⁹²². Tuttavia, la “battaglia non è stata del tutto ancora vinta”, come il Cupelli ha affermato, poiché il ricovero negli ospedali psichiatrici giudiziari, noti come OPG (*breviter*), rappresenta/va la misura di sicurezza personale detentiva riservata, *ex art. 222 c.p.*, agli autori di delitti dolosi, puniti in astratto con la reclusione superiore nel massimo a due anni, che, prosciolti per vizio totale di mente determinato da infermità psichica ovvero per intossicazione cronica da alcool o da sostanze stupefacenti, siano stati ritenuti pericolosi⁹²³. La misura di sicurezza degli OPG è temporalmente indeterminata, definendone il codice penale la durata minima in relazione alla pena stabilita per il reato⁹²⁴. Decorso questo periodo, il giudice prende nuovamente in esame le condizioni della persona internata, per stabilire se sia ancora socialmente pericolosa e se risulta tale l'autorità giudiziaria fissa un nuovo termine per

⁹²⁰ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 139 ss.; C. Cupelli, “*La responsabilità penale dello psichiatra*”, Napoli, 2013, 63 ss.

⁹²¹ F. Fasolo, “*Etica e psichiatria. Dal manicomio al territorio*”, Padova, 1994. Si veda C. Cupelli, *op. cit.*, 63 ss.; G. M. Vergallo, *op. cit.*, 139 ss.

⁹²² P. Dell'Acqua, “*Persone, malattia mentale e guarigione*”, Milano, 2011, 783 ss.; E. Borgna, “*Di armonia risuona e di follia*”, Milano, 2012, 151 ss.; G. Allegri, “*Per una “ragionevole follia”: le pratiche possibili di un nuovo costituzionalismo garantista*”, in *Libertà sospesa. Il trattamento sanitario obbligatorio. Psicologia, psichiatria e diritti*”, Roma, 2012, 9 ss. C. Cupelli, *op. cit.*, 63 ss.

⁹²³ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 139 ss.

⁹²⁴ C. Cupelli, *op. cit.*, 63 ss.; G. M. Vergallo, *op. cit.*, 139 ss.

un ulteriore esame, prorogando la misura segregante, *ex art. 208 c.p.*⁹²⁵ In realtà accade che la proroga intervenga comunque quando la famiglia d'origine o le strutture sanitarie territoriali non siano in grado di prendere in carico chi avrebbe il diritto di uscire dagli ospedali: si realizza così una sorta di “ergastolo bianco”⁹²⁶. Sono, inoltre, venute alla luce le gravità delle condizioni igienico-sanitarie, organizzative e clinico-psichiatriche dei sei OPG esistenti in Italia relativamente all'assetto strutturale ed alle condizioni appena menzionate, all'assistenza socio-sanitaria, prestata dal personale medico, infermieristico, riabilitativo, educativo, ausiliario e sociale, e alle contenzioni fisiche ed ambientali⁹²⁷. È come se la riforma del 1978 si fosse tradotta in un “mero mutamento di etichetta”, da “manicomio giudiziario” in “ospedale psichiatrico giudiziario”, dalla natura essenzialmente custodialistica e repressiva, incurante delle esigenze di cura, di riabilitazione e di reinserimento sociale nel rispetto delle fondamentali garanzie costituzionali della tutela della salute e della dignità della persona⁹²⁸. Tuttavia, con la Legge del 30 maggio 2014 n. 81 gli operatori sanitari sono stati chiamati a “governare” le nuove strutture residenziali territoriali ove sono eseguite le misure di sicurezza, le c.d. REMS, costituendo esse un rischio di “ritorno al passato”⁹²⁹. Il timore nasce osservando come all'interno delle strutture, destinate a soppiantare gli “indegni” OPG⁹³⁰, continuano a convivere compiti sanitari, indirizzati al trattamento ed al recupero dei “malati” di mente, e “funzioni penitenziarie”, improntate al controllo ed alla custodia degli internati; con la differenza che mentre in passato la netta separazione tra

⁹²⁵ C. Cupelli, *op. cit.*, 63 ss.; G. M. Vergallo, *op. cit.*, 139 ss.

⁹²⁶ F. Schiaffo, “*Le funzioni latenti del sistema penale: l'ospedale psichiatrico giudiziario*”, in *Crit. dir.*, 2012, 277, il quale sottolinea che “la funzione dell'ospedale psichiatrico giudiziario sembra risolversi essenzialmente nel ricovero e quindi nella cura di quelli che un tempo, a seconda del momento in cui è intervenuta la infermità psichica, venivano considerati folli rei o rei folli” e ad esso “potrebbero essere destinate esigenze sociali molto diverse da quelle del controllo penale”, e le sue funzioni reali e latenti “potrebbero farne un sostituto o equivalente funzionale di altre strutture sociali, non necessariamente penali, che, in contesti sociali più o meno ampi, non funzionano come dovrebbero o, peggio, non esistono”. Si veda C. Cupelli, *op. cit.*, 63 ss.; G. M. Vergallo, *op. cit.*, 139 ss.

⁹²⁷ C. Cupelli, *op. cit.*, 63 ss.; G. M. Vergallo, *op. cit.*, 139 ss.

⁹²⁸ G. Fiandaca-E. Musco, “*Diritto penale. Parte generale*”, Bologna, 2009, 839 ss; A. Manna, “*L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle “finzioni giuridiche” alla “terapia sociale*”, Torino, 1997, 231 ss. Si veda C. Cupelli, *op. cit.*, 63 ss.; G. M. Vergallo, *op. cit.*, 139 ss.

⁹²⁹ C. Cupelli, “*La colpa dello psichiatra. Rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida*”, in “*Diritto penale contemporaneo*”, 7 ss.

⁹³⁰ Già con il D.P.C.M. 1 aprile 2008 (in particolare allegato C) ha preso avvio la c.d. sanitarizzazione degli OPG, con il trasferimento della medicina penitenziaria al Servizio Sanitario Nazionale, con residue funzioni organizzative e di raccordo in capo all'Amministrazione penitenziaria; il D.P.C.M., recante “*Modalità e criteri per il trasferimento al Servizio sanitario nazionale delle funzioni sanitarie, dei rapporti di lavoro, delle risorse finanziarie e delle attrezzature e beni strumentali in materia di sanità penitenziaria*”, ha infatti espressamente previsto il trasferimento delle funzioni sanitarie svolte in tutti gli istituti penitenziari, OPG compresi, dal Ministero della Giustizia al Servizio Sanitario Nazionale, pur restando la struttura un'istituzione penitenziaria, governata quindi dal Ministero della Giustizia. C. Cupelli, *op. cit.*, 7 ss.

amministrazione penitenziaria ed amministrazione sanitaria, caratterizzata da latenti conflittualità e reciproca diffidenza, consentiva di marcare la distinzione tra compiti esclusivamente terapeutici, demandati agli operatori psichiatrici, ed aspetti custodiali e securitari, rimessi ai soli rappresentanti dell'amministrazione penitenziaria, l'odierna attribuzione in via esclusiva della gestione interna delle strutture alla componente medica finisce per riservare a questa anche i relativi compiti di "gestione della sicurezza"⁹³¹. L'effetto prodotto è il seguente: avvenuta la sanitarizzazione, i due profili di cura e di custodia appaiono destinati a sovrapporsi, cossicché lo psichiatra sarà nuovamente chiamato a "garantire", in via primaria, l'ordine pubblico e la tutela della collettività, con le annesse ricadute sul piano delle responsabilità penali che, proprio alla luce del segnalato *trend* giurisprudenziale, ne potranno derivare⁹³². Questo è, dunque, il contesto profondamente instabile ed intrinsecamente "contraddittorio", nel quale lo psichiatra da sempre si trova ad operare, stretto fra "l'incudine ed il martello"⁹³³ – come si vedrà in seguito nel paragrafo dedicato alla "posizione di garanzia dello psichiatra" – o meglio "tra due fuochi", che incontra già nello stadio diagnostico e destinate ad amplificarsi allorquando, nelle valutazioni terapeutiche, è chiamato a calibrare i rischi non solo per il paziente, ma anche per la collettività⁹³⁴. Così diventa inevitabile per l'operatore psichiatrico trovarsi in un vicolo ove "non vi sia scampo"; esposto alle imprevedibili valutazioni *ex post* del giudice, che potrebbe contestargli, alternativamente o a seconda di ciò che si è concretamente verificato, di "non aver fatto abbastanza" o "di aver fatto troppo": *id est*, o il mancato ricorso al trattamento sanitario obbligatorio, nel caso di gesti eterolesivi di un paziente non contenuto, o l'addebito di avere strumentalizzato quest'ultimo per esigenze diverse da quelle strettamente terapeutiche, e quindi anche a tutela di terzi, nell'ipotesi in cui derivino atti autolesivi in un contesto di arbitrarietà del trattamento, ad esempio nel caso di suicidio del

⁹³¹ C. Cupelli, op. cit., 7 ss.

⁹³² Accenna alla questione A. Massaro, "Sorvegliare, curare e non punire: l'eterna dialettica tra "cura" e "custodia" nel passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza", p. 1372. Si veda C. Cupelli, op. cit., 7 ss.

⁹³³ M. Zanchetti, "Fra l'incudine e il martello: la responsabilità penale dello psichiatra per il suicidio del paziente in una recente pronuncia della Cassazione", in *Cass. pen.*, 2004, p. 2859. Si veda C. Cupelli, op. cit., 7 ss.

⁹³⁴ Egli versa in una situazione "di pressione sociale" in cui gli viene imposto un più o meno sistematico atteggiamento di repressione preventiva nei confronti di iniziative del suo paziente potenzialmente lesive di beni giuridicamente protetti, a scapito di un'azione realmente terapeutica, imponendogli così un tipico compito di controllo disciplinare; e da una speculare contropinta, di matrice normativa e deontologica, che gli impone di rivendicare la finalità esclusivamente terapeutica del suo agire, richiamandolo ai doveri tipici di prevenzione, cura e riabilitazione dei disturbi psichici. C. Cupelli, op. cit., 7 ss.

paziente⁹³⁵. Per concludere, la preoccupazione profonda è che si possano generare, da un parte, applicazioni elastiche dei requisiti terapeutici richiesti per il ricorso a forme di trattamento coattivo, e, dall'altra, atteggiamenti di vero e proprio abbandono terapeutico, di tipo “difensivo” – inteso in un’accezione spuria, nella quale si fondono istanze di difesa sociale, a tutela di terzi esposti a gesti lesivi, e personale, dal rischio giudiziario –, che segna il passaggio da una medicina di scelte tecniche, a base consensualistica, ad una medicina “dell’obbedienza giurisprudenziale”, con la conseguenza che tutto ciò, come sottolinea il Cupelli, porterebbe con sé ripercussioni negative su quello che dovrebbe essere il reale obiettivo terapeutico, e cioè la salvaguardia e la cura del paziente psichiatrico⁹³⁶.

4.1 La tutela della libertà di autodeterminazione del malato di mente

Il recupero e la salvaguardia della libertà del paziente è divenuta uno degli scopi fondamentali della psichiatria riformata in un contesto di cura: un riconoscimento che ha intrapreso un’inversione di tendenza il cui primo ed immediato corollario giuridico, in coerenza con l’art. 32 Cost. è stata la proclamazione della volontarietà dei trattamenti sanitari⁹³⁷. Come già ricordato, l’obbligatorietà dei trattamenti sanitari è subordinata al rispetto dell’art. 32, comma 2, Cost. e delle disposizioni di legge che ne disciplinano l’esecuzione. In materia di trattamento delle malattie mentali, le condizioni entro cui procedere, anche senza il consenso del paziente, sono formalizzate negli artt. 33 ss.

⁹³⁵ Paradigmatico è, in questo senso, il caso “Mastrogiovanni”, nel quale il Tribunale di Vallo della Lucania ha condannato il primario e altri cinque medici in servizio presso il reparto psichiatrico dell’Ospedale “San Luca” di Vallo della Lucania, ai sensi degli artt. 110 e 605, c. 1 e 2, n. 2, c.p., per il delitto di sequestro di persona, realizzato mediante contenzione meccanica al letto di degenza e, ai sensi degli artt. 110, 586 e 605 c.p., per aver cagionato la morte del paziente, come conseguenza del delitto di sequestro di persona, essendo risultata accertata l’incidenza causale nel decesso della contenzione fisica; così il Trib. Vallo della Lucania, sent. 30 ottobre 2012, dep. 27 aprile del 2013, nella Rivista di “*Diritto penale contemporaneo*”, 12 giugno 2013. Nella ricostruzione accusatoria, sposata dalla pronuncia, la contenzione sarebbe stata praticata, in assenza di qualsiasi giustificazione terapeutica, al solo fine di assolvere un atto d’indagine richiesto dalle forze dell’ordine. Si veda C. Cupelli, op. cit., 7 ss.

⁹³⁶ S. Jourdan, “*La responsabilità dello psichiatra per le azioni violente compiute dal paziente: prevedibilità dell’evento e possibilità di evitarlo*”, in “*La responsabilità dello psichiatra*”, a cura di U. Fornari- S. Jourdan, Torino, 2006, p. 115. Si veda C. Cupelli, op. cit., 7 ss.

⁹³⁷ C. Cupelli, op. cit., 63 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 139 ss.

legge n. 833/1978⁹³⁸ istitutiva del Servizio sanitario nazionale, nella quale sono state convogliate le disposizioni già previste *ad hoc* dalla legge 180/1978. Ai sensi dell'art. 33, comma 3, costituiscono presupposti generali dei trattamenti sanitari obbligatori (*breviter*, T.S.O.), la proposta motivata di un medico ed il provvedimento di accoglimento, che è di competenza del sindaco nelle sue qualità di autorità sanitaria⁹³⁹. Analogamente, il Sindaco provvede anche sulle richieste di revoca e di modifica del trattamento stesso, la cui legittimazione spetta a chiunque (art. 33, commi 7-8). A conferma dell'importanza della volontà del malato, anche il trattamento obbligatorio deve essere accompagnato "da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato", il quale, comunque, ha sempre "diritto di comunicare con chi ritenga opportuno" nel corso del trattamento (art. 33, commi 5-6)⁹⁴⁰. Questa disciplina generale trova specificazione negli artt. 34 e 35. Il primo sancisce che gli interventi di prevenzione, di cura e di riabilitazione relativi alle malattie mentali sono attuati di norma dai servizi e presidi territoriali extraospedalieri di cui al primo comma (art. 34, comma 3)⁹⁴¹. Tuttavia, è anche possibile che la terapia psichiatrica sia eseguita in regime di degenza ospedaliera, purché sussistano ulteriori e più restrittivi presupposti: sussistenza di "alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici"; rifiuto degli stessi da parte dell'infermo; mancanza di condizioni e di "circostanze che consentano di adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extraospedaliere"⁹⁴². Inoltre, la proposta del medico, necessaria per tutti i trattamenti sanitari obbligatori, deve essere convalidata da un medico della A.S.L., prima del provvedimento del Sindaco e questo deve essere motivato in relazione alla sussistenza dei sopra indicati requisiti⁹⁴³. L'art. 35, commi 1 e 2, legge n. 833/1978 introduce, infine, l'obbligo del Sindaco di trasmettere al giudice tutelare "entro 48 ore dal ricovero" il provvedimento che dispone il trattamento sanitario obbligatorio⁹⁴⁴. Questi decide, con decreto motivato, se convalidare o meno il provvedimento del Sindaco. In caso di mancata convalida, il Sindaco ne dispone la cessazione in condizioni di degenza

⁹³⁸ Nell'enunciazione degli obiettivi, l'art. 2, comma 2 lett. g) indica "*il perseguimento della tutela della salute mentale, privilegiando il momento preventivo (...), in modo da eliminare ogni forma di discriminazione e di segregazione (...) e da favorire il recupero ed il reinserimento sociale dei disturbati psichici*". C. Cupelli, op. cit., 63 ss.

⁹³⁹ C. Cupelli, op. cit., 63 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 250 ss.

⁹⁴⁰ C. Cupelli, op. cit., 63 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 250 ss.

⁹⁴¹ G. M. Vergallo, op. cit., 250 ss.

⁹⁴² C. Cupelli, op. cit., 63 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 250 ss.

⁹⁴³ F. Dassano, "*La tutela dell'incapace e l'amministrazione di sostegno*", Rimini, 2004, 88 ss. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 250 ss.

⁹⁴⁴ C. Cupelli, op. cit., 63 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 250 ss.

ospedaliera⁹⁴⁵. Infine, l'inosservanza della dettagliata procedura stabilita dall'art. 35, commi 1, 4, e 5 “determina la cessazione di ogni effetto del provvedimento e configura, salvo che non sussistano gli estremi di un delitto più grave, il reato di omissione di atti di ufficio (art. 35, comma 7)⁹⁴⁶. Dal rigore di questa disciplina, basata sui principi di eccezionalità, di residualità e di transitorietà del trattamento sanitario obbligatorio per malattie mentali in regime ospedaliero sembra emergere l'esigenza di interpretare restrittivamente le indicate condizioni di liceità⁹⁴⁷. Ai fini della validità del trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale si profila particolarmente delicato l'accertamento della presenza di “alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici”⁹⁴⁸. In proposito, la giurisprudenza ritiene che “l'intervento definito terapeutico, e quindi necessario alla cura della patologia, può essere disposto obbligatoriamente solo in quanto l'alterazione psichica coincida con una pericolosità almeno per sé”⁹⁴⁹. Tale interpretazione, infatti, discende dall'art. 32, comma 2, Cost. e dallo stesso art. 1 legge n. 180/1978, il quale ribadisce che l'obbligatorietà dei trattamenti non può arrecare pregiudizio alla dignità della persona ed ai diritti civili e politici costituzionalmente garantiti, “compreso per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura”⁹⁵⁰. Inoltre, poiché ogni paziente è libero di rifiutare le cure per lasciare che la malattia faccia il suo corso, è vietato “costringere il paziente psichiatrico a subire cure, che egli rifiuti, con il solo fine di curare la malattia”⁹⁵¹. Di conseguenza, il trattamento sanitario obbligatorio delle malattie mentali è lecito solo quando il pericolo per il malato di mente deriva “non semplicemente dalla persistenza della patologia e dalle sue possibili conseguenze psichiche ed organiche, ma dalla possibilità che questa possa condurre atti lesivi autonomi ed ulteriori”⁹⁵². In

⁹⁴⁵ C. Cupelli, op. cit., 63 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 250 ss.

⁹⁴⁶ C. Cupelli, op. cit., 63 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 250 ss.

⁹⁴⁷ A. Pellegrini, “*La tutela dell'infermo psichico nel trattamento sanitario obbligatorio in condizioni di degenza ospedaliera*”, in *Dir. Fam. Pers.*, 2001, 38 ss. Si veda C. Cupelli, op. cit., 63 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 250 ss.

⁹⁴⁸ C. Cupelli, op. cit., 63 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 250 ss.

⁹⁴⁹ Trib. Cagliari, 9 luglio 2005, in www.personaedanno.it. Vedi G. M. Vergallo, 250 ss.

⁹⁵⁰ C. Cupelli, op. cit., 63 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 250 ss.

⁹⁵¹ C. Cupelli, op. cit., 63 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 250 ss.

⁹⁵² Trib. Cagliari, 9 luglio 2005. In tale fattispecie, l'accertamento della pericolosità del soggetto è stato raggiunto sulla base delle “deposizioni degli agenti della Polizia di Stato, sulla cui attendibilità non vi è ragione di dubitare, che hanno riferito come nella fase di eccitamento il paziente abbia afferrato un coltello e successivamente una bottiglia e successivamente sia uscito nel balcone della propria abitazione, dove gli agenti, su indicazione del sanitario, hanno proceduto ad immobilizzarlo, anche e soprattutto in ragione del fatto che la vicina aveva loro raccontato come una volta il paziente avesse tentato di lanciarsi nel vuoto”. Tuttavia, pur ritenendo lecita l'esecuzione del trattamento sanitario obbligatorio, il giudice tutelare ha stigmatizzato l'operato del medico che aveva convalidato la proposta. Questi, infatti, aveva omesso di intraprendere qualsiasi “tentativo diretto a favorire il consenso del paziente”, in quanto, come emerso dall'istruttoria, “egli ripeteva, con modalità non adeguate alla delicatezza dell'intervento, che il

giurisprudenza, si valorizza l'importanza del rapporto medico-paziente anche nella terapia delle malattie mentali. In un recente caso, il trattamento sanitario obbligatorio era stato ordinato dal Sindaco in accoglimento delle richieste di due medici attestanti uno "stato d'eccitazione maniacale" reso oltremodo pericoloso dal fatto che il malato disponeva di un'arma⁹⁵³. Secondo il giudice, "i dodici giorni di degenza forzata" nei quali si è esplicato il trattamento sanitario obbligatorio, con relativi controlli invasivi e terapie farmacologiche, pur necessari in relazione all'obiettività clinica, hanno integrato l'illecita violazione del diritto, costituzionalmente garantito, di scegliere o meno di sottoporsi ad un trattamento sanitario obbligatorio, sia perché non si è cercato in alcun modo di provocare il consenso del malato, sia perché nessuno dei medici coinvolti nella proposta di trattamento sanitario obbligatorio aveva un colloquio personale e diretto con il medesimo⁹⁵⁴. La legge n. 180/1978, infatti, "vieta che il T.S.O. sia disposto nei confronti di soggetto che, quand'anche presuntivamente pericoloso per sé e per gli altri, non sia stato direttamente e personalmente visitato nell'immediatezza della proposta; la legge vieta che il T.S.O. sia proposto e convalidato nei confronti di soggetto che non sia stato posto nelle condizioni di scegliere terapie alternative"⁹⁵⁵. Sussistendo tale violazione dei requisiti previsti dalla legge ai fini dell'esecuzione del trattamento sanitario obbligatorio, diventa irrilevante il fatto che il malato, già querelato per episodi di danneggiamento, fosse armato ed avesse manifestato, negli ultimi anni, alto tasso di litigiosità, ed ancora irascibilità ed instabilità emotiva, al punto che, nei giorni precedenti il trattamento sanitario obbligatorio, la famiglia aveva smesso di vivere con lui⁹⁵⁶. Infatti, secondo il Tribunale, se si ritenesse diversamente, si finirebbe con lo svuotare di qualsiasi contenuto la disciplina della legge n. 180/1978, che "si basa sulla filosofia per la quale la limitazione alla libertà personale del soggetto portatore di un disagio psichico costituisce, assolutamente, *extrema ratio*, alla stregua di misura cautelare appunto privativa della libertà personale", e quindi non persegue alcuno scopo

foglio era stato firmato e non vi era niente da fare". Invece, secondo il Tribunale, "il rispetto per la dignità della persona (...) impone di evitare nell'esecuzione del trattamento modalità percepite come "burocratiche". Gli effetti di tale approccio, infatti, appaiono devastanti, avendo determinato una reazione del paziente di assoluta umiliazione nella persona, prevedibile e che lascerà tracce per lungo tempo in una psiche già ammalata e con verosimili difficoltà di un futuro rapporto terapeutico". Si veda C. Cupelli, op. cit., 63 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 250 ss.

⁹⁵³ C. Cupelli, op. cit., 63 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 250 ss.

⁹⁵⁴ G. M. Vergallo, op. cit., 250 ss.

⁹⁵⁵ F. Ambrosetti, M. Piccinelli, R. Piccinelli, ne "La responsabilità nel lavoro medico d'équipe", Torino, 2003, 138 ss., rilevano che, in mancanza di esame diretto del paziente, la proposta e/o la convalida del trattamento sanitario obbligatorio basate sulle sole informazioni provenienti da terzi, sia pur parenti del paziente, integrano il reato di falso ideologico in certificati ex art. 481 c.p. Vedi G. M. Vergallo, op. cit., 253 ss.

⁹⁵⁶ C. Cupelli, op. cit., 63 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 250 ss.

preventivo, né generale, né speciale⁹⁵⁷. Di conseguenza, l'esigenza di difendere la collettività da soggetti pericolosi deve essere realizzata ricorrendo alle misure cautelari tassativamente previste dalla legge, e non indulgendo ad azioni illecite⁹⁵⁸. Irrilevante è, ulteriormente, la circostanza che, dopo la scadenza del trattamento sanitario obbligatorio, il malato abbia spontaneamente continuato a sottoporsi alle terapie. Infatti, secondo il Tribunale, il fatto che il trattamento sia proseguito con il consenso del malato, e quindi lecitamente, non elide la responsabilità dei sanitari per l'illecito precedentemente consumatosi, perché "i presupposti del T.S.O. non possono emergere *ex post*: essi devono essere valutati prima del ricovero coatto"⁹⁵⁹. Oltre al rapporto diretto medico-paziente, particolarmente importante è anche la motivazione del provvedimento che dispone il trattamento sanitario obbligatorio, in quanto necessaria per accertare la sussistenza dei requisiti di legge⁹⁶⁰. La Suprema Corte, in proposito, afferma che "la motivazione esclusivamente *per relationem*, ai precedenti provvedimenti ed alle certificazioni sanitarie, in concreto adottata" dal Sindaco è "incompatibile con il disposto normativo di cui all'art. 34 legge n. 833/1978, espressamente impositivo dell'obbligo di motivazione in relazione alla esistenza di alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici, alla mancata accettazione di tali interventi da parte dell'infermo, all'assenza di condizioni e circostanze tali da consentire l'adozione di tempestive ed idonee misure sanitarie extraospedaliere"⁹⁶¹. Pertanto, la patologia psichica non può consentire al medico di violare le norme poste a tutela della dignità e della libertà del malato di mente, la cui condizione di debolezza complica l'operato del medico costringendolo a ricercare un rapporto diretto e personale che in questi casi è più difficile trovare rispetto ad altre patologie⁹⁶².

⁹⁵⁷ C. Cupelli, op. cit., 63 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 253 ss.

⁹⁵⁸ C. Cupelli, op. cit., 63 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 253 ss.

⁹⁵⁹ Trib. Venezia, 26 settembre – 19 dicembre 2005, ha escluso la sussistenza dello stato di necessità, perché l'art. 54 c.p. "presuppone l'assenza di alternative operative"; alternative che, in tale fattispecie, sussistevano ed erano facilmente realizzabili, in quanto, per evitare di violare la legge, sarebbe stato sufficiente sottoporre il malato ad un esame clinico, o almeno tentare di farlo, e dargli la possibilità di sottoporsi volontariamente alle cure, previa adeguata informazione. Si veda C. Cupelli, op. cit., 63 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 253 ss.

⁹⁶⁰ C. Cupelli, op. cit., 63 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 253 ss.

⁹⁶¹ A. Venchiarutti, "Nessun ricovero obbligatorio per malattia mentale senza motivazione", in *Dir. Fam. Pers.*, 2001, 21, con nota di A. Pellegrini, "La tutela dell'infermo psichico nel trattamento sanitario obbligatorio in condizioni di degenza ospedaliera in una sentenza della S.C.: una giusta riaffermazione di principi ormai consolidatisi, ma non sempre adeguatamente valorizzati ed applicati dalla giurisprudenza di merito". G. M. Vergallo, op. cit., 253 ss.

⁹⁶² In termini normativi è stato formalizzato "il passaggio della psichiatria da branca genericamente afferente alla sanità pubblica a settore integrato nel servizio sanitario nazionale" e questa assume "più

4.2 Il trattamento sanitario obbligatorio del minorenne

Sebbene sia un aspetto trascurato dalla giurisprudenza, sussiste il problema se la terapia psichiatrica sul soggetto minore d'età debba essere intrapresa con l'osservanza delle condizioni e delle procedure stabilite dalla legge n. 833/1978, oppure necessiti soltanto il consenso dei genitori. A sostegno della validità del consenso dei genitori depone la regola generale che impone, per ogni trattamento da eseguire sul figlio minore, di informarli e di acquisire la loro accettazione⁹⁶³. Tuttavia, in senso contrario, il fatto che il legislatore abbia previsto una disciplina speciale per le terapie psichiatriche, per giunta basata sui principi di eccezionalità, residualità e transitorietà, induce a ritenere che, a garanzia del minore, l'inizio di trattamenti così delicati debba avvenire con l'osservanza di tutti gli indicati presupposti di legge e non con il solo consenso dei genitori⁹⁶⁴. Se si subordinasse la liceità dei trattamenti sanitari obbligatori a requisiti diversi a seconda della maggiore o minore età del soggetto su cui devono essere eseguiti, ne deriverebbe una disparità difficilmente conciliabile con l'art. 3 Cost.⁹⁶⁵

4.3 Assenso o consenso in psichiatria?

Il principio è che nessun disturbo mentale, fino a prova contraria, di per sé considerato, al di fuori delle situazioni di emergenza o di quelle oggetto di tutela, consente di considerare il soggetto che ne è affetto come un *minus habens* da trattare in maniera diversa rispetto ad altri malati⁹⁶⁶. Al contrario, anche sul piano deontologico, è sempre doveroso ascoltarlo ed informarlo con attenzione⁹⁶⁷. Il paziente diventa partecipe del patto che intercorre tra sé ed il medico, così che i doveri di quest'ultimo, come più avanti illustrerò, e, di conseguenza la sua responsabilità, si collocano in una prospettiva

specificamente la funzione di scienza della salute ad alta complessità sociale, e come tale viene legittimata la sua autonomia di disciplina specialistica della medicina"; A. Venchiarutti, "Obbligo e consenso nel trattamento della sofferenza psichica", op. cit. G. M. Vergallo, op. cit., 253 ss.

⁹⁶³ G. M. Vergallo, op. cit., 253 ss.

⁹⁶⁴ G. M. Vergallo, op. cit., 253 ss.

⁹⁶⁵ G. M. Vergallo, op. cit., 253 ss.

⁹⁶⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 253 ss.

⁹⁶⁷ U. Fornari, "Il consenso informato in psichiatria", Torino, 2007, 210 ss. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 253 ss.

consensualistica, venendo definiti qualitativamente e quantitativamente dalla volontà del malato, la quale funge da presupposto e limite della posizione di garanzia dell'agente⁹⁶⁸. Dalla lettura congiunta degli artt. 2, 13 e 32 Cost. si giunge a tale conclusione: l'ultimo è il referente più immediato del diritto alla salute, unico che la Costituzione qualifica come "fondamentale e che è proteiforme, nel primo comma presentandosi come "diritto ad essere curati" ovvero a ricevere prestazioni sanitarie, e nel secondo come diritto di non essere curati ovvero di rifiutare le cure⁹⁶⁹. Questo in rapporto all'art. 13 Cost. riconosce al paziente la piena libertà di autodeterminarsi, fino alla libertà di lasciarsi morire attuata attraverso il consapevole rifiuto di farsi curare⁹⁷⁰. Da un'interpretazione di sistema con l'art. 13 Cost. e con le garanzie previste ivi di doppia riserva, di legge e di giurisdizione, contro ogni forma di coazione sul corpo, l'imporre un trattamento, anche se vitale, contro la volontà del paziente ed la di fuori delle ipotesi obbligatorie *ex lege* previste, determinerebbe la violazione della stessa libertà personale, *ex artt. 2 e 3 Cost.*, come "libertà psicofisica", della mente e del corpo nella loro "indissolubile unità"⁹⁷¹. Inoltre la riserva di legge *ex art. 32 Cost.*, ai fini della sottoposizione ai trattamenti sanitari obbligatori, presenta un *quid pluris* rispetto ad altre riserve di legge, cioè è una riserva di legge rinforzata, per cui ove sono previste limitazioni ai diritti, anche la legge stessa è soggetta a taluni vincoli insuperabili⁹⁷². In questo senso dunque ad intervenire può essere esclusivamente una legge, che deve avere un certo contenuto, in positivo ed in negativo: l'imposizione di trattamenti sanitari obbligatori può essere ammessa, in base al primo comma dell'articolo in questione, nel quale la salute è "*fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività*", solo quando in gioco sia attualmente e direttamente un interesse collettivo⁹⁷³, pubblico e nella tutela della società dai rischi connessi alla patologica psichiatrica, nel caso di specie, trova la sua adeguata giustificazione; la previsione di trattamenti sanitari obbligatori non può in alcun caso "violare i limiti imposti dal rispetto della persona

⁹⁶⁸ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 253 ss.; C. Cupelli, *op. cit.*, 63 ss.

⁹⁶⁹ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 253 ss.; C. Cupelli, *op. cit.*, 63 ss.

⁹⁷⁰ F. Modugno, "Trattamenti sanitari non obbligatori e Costituzione (A proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)", in *Dir. Soc.*, 1982, 303 ss. Si veda C. Cupelli, *op. cit.*, 74 ss.

⁹⁷¹ F. Modugno, "I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale", Torino, 1995, 12 ss. Si veda G. M. Vergallo, *op. cit.*, 253 ss.; C. Cupelli, *op. cit.*, 63 ss.

⁹⁷² V. Crisafulli, "Lezioni di diritto costituzionale", Padova, 1993, 61 ss.; Si veda G. M. Vergallo, *op. cit.*, 253 ss.; C. Cupelli, *op. cit.*, 63 ss.

⁹⁷³ C. cost., n. 307/1990, precisa che "una legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale". Si veda C. Cupelli, *op. cit.*, 74 ss.

umana”, come emerge anche dall’art. 2 Cost., che salvaguarda la dignità e l’identità personale⁹⁷⁴. Dai i due articoli appena citati si ricava una nozione di diritto alla salute, come libera espressione di sé, di autodeterminarsi nel modo di intendere la vita, nel rapporto con la malattia e con il proprio corpo⁹⁷⁵, ma non basta: al di là della libertà di scelta, del diritto di decidere in merito alla propria sorte, in tutti i diritti esso è un aspetto essenziale, quello della disponibilità di ciascun interesse protetto, articolandosi nelle libertà fondamentali, quali la libertà personale, di circolazione, di riunione, di associazione, di fede religiosa, di manifestazione del pensiero (artt. 13-21 Cost.)⁹⁷⁶. Accanto ad una visione oggettiva, data dalla semplice assenza della malattia, è stata introdotta una dimensione soggettiva del diritto alla salute, e quindi di autodeterminarsi nell’*an* e nel *quomodo* della terapia, ovvero la percezione di sé come soggetto integro da parte del paziente, come uno stato di completo benessere fisico e psichico che non può prescindere gli aspetti interiori della vita individuale⁹⁷⁷. Quindi la psichiatria ha superato la concezione del malato di mente come persona pericolosa ed è arrivata ad un approccio fiduciario, di collaborazione medico-paziente indirizzata al miglioramento della salute, intesa nella sua accezione più ampia⁹⁷⁸. In questa diversa prospettiva, sono sorte nuove responsabilità per lo psichiatra, non più incentrate esclusivamente sui doveri di sorveglianza e di custodia, bensì attente anche alle problematiche dell’informazione e del consenso⁹⁷⁹. Al riguardo, in dottrina sono stati proposti vari modelli per valutare la competenza del paziente ad esprimere un consenso informato valido sul piano medico-legale, deontologico ed etico, senza, tuttavia, poter giungere ad alcuna indicazione definitiva⁹⁸⁰. Il problema consiste nella difficoltà di applicare la nuova visione del rapporto medico-paziente al malato psichiatrico. Le infermità

⁹⁷⁴ La stessa Corte Costituzionale ricorda che l’art. 13, comma 2, Cost. “*appronta una tutela che è centrale nel disegno costituzionale, avendo ad oggetto un diritto inviolabile, quello della libertà personale, rientrando tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell’individuo, non diversamente dal contiguo e strettamente connesso diritto alla vita ed all’integrità fisica, con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona*; C. cost., n. 238/1996. Si veda C. Cupelli, op. cit., 74 ss.

⁹⁷⁵ A. D’Aloia, “*Al limite della vita: decidere sulle cure*”, in *Quad. Cost.*, 241 ss. Si veda C. Cupelli, op. cit., 74 ss.

⁹⁷⁶ G. Iudica-P. Zatti, “*Linguaggio e regole del diritto privato*”, Padova, 2010, 162. Si veda C. Cupelli, op. cit., 74 ss.

⁹⁷⁷ P. Zatti, “*Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*”, in *Nuova giur. Civ. Comm.*, 2000 II, 3 ss. Si veda C. Cupelli, op. cit., 74 ss.

⁹⁷⁸ C. Cupelli, op. cit., 74 ss.

⁹⁷⁹ C. Cupelli, op. cit., 74 ss.

⁹⁸⁰ AA. VV., “*Trattato Italiano di Psichiatria*”, Milano, 1993; U. Fornari, “*Aspetti del consenso in psichiatria clinica e forense*”, Torino, 2001; F. Ferracuti, “*Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*”, Milano, 1990. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 256.; C. Cupelli, op. cit., 74 ss.

presentate da quest'ultimo influiscono sulla capacità di recepire le informazioni, di comprenderle e di esprimere il proprio punto di vista. È, quindi, oggettivamente difficile chiedere una valutazione ed una scelta a chi ha bisogno di cure proprio in ordine ad un *deficit* di giudizio dell'esame della realtà⁹⁸¹. In proposito, come si rileva in dottrina, “è vero che anche nelle più gravi patologie psicotiche persistono delle aree psichiche funzionanti: ma l'autentica capacità di scegliere dipende da un atteggiamento globale integrato, ideativo, cognitivo, ed affettivo, dell'intera personalità⁹⁸². Per questo motivo è indubitabile che, quando si passa dalla semplice enunciazione di principi generali alla loro applicazione, la trasposizione di tutte le caratteristiche del consenso, l'adesione alla scelta terapeutica in modo consapevole, libero, spontaneo ed espresso, appaiono di difficile applicazione perché la malattia interessa proprio quelle funzioni mentali che dovrebbero servire a comprendere le informazioni date dal medico e a decidere liberamente di conseguenza⁹⁸³. Nel rapporto medico-paziente psichiatrico, pertanto, non sembra potersi declinare il rapporto paritario che il codice deontologico e la dottrina medico-legale vorrebbero, quale ineludibile premessa di ogni rapporto tra i due che sia giuridicamente valido⁹⁸⁴. Nei casi in cui il processo attivo del consenso è difficoltoso, la dottrina psichiatrica ritiene sia più corretto parlare di un “assenso” al trattamento, in quanto il paziente non si oppone esplicitamente alle terapie prospettate, ma, al tempo stesso, non partecipa con un'adesione che possa definirsi “attiva”⁹⁸⁵. Si prospetta, dunque, una condizione terapeutica nella quale è prevalente l'aspetto di dipendenza, che attraverso l'informazione e la comunicazione si cerca di superare⁹⁸⁶. Il consenso, invece, deve intendersi come un incontro di volontà, partecipazione e comunione di intenti, il cui obiettivo è la costruzione di quell'alleanza terapeutica sulla quale articolare il

⁹⁸¹ G. M. Vergallo, op. cit., 256.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

⁹⁸² S. Argentieri, “Validità del consenso dei pazienti psichiatrici nelle sperimentazioni farmacologiche. Il punto di vista medico e deontologico”, Pisa, 2005, 208 ss. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 256.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

⁹⁸³ U. Fornari, “Quale consenso informato in psichiatria?” in AA.VV., “Il consenso informato in psichiatria”, Torino, 1997; G. Vella, A. Siracusano, “Il consenso informato in psichiatria”, Roma, 1996. Vedi G. M. Vergallo, op. cit., 256.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

⁹⁸⁴ G. M. Vergallo, op. cit., 256.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

⁹⁸⁵ U. Fornari, “Il consenso informato in psichiatria”, op. cit. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 256.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

⁹⁸⁶ R. Catanesi, F. Carabellese, V. Bologna, “Assenso o consenso informato? Indagine sui ricoverati nel SPDC del Policlinico di Bari” in U. Fornari, S. Coda, M. Iorio, “La valutazione della capacità decisionale in Psichiatria di consultazione”, Torino, 2003, 120. Gli autori hanno condotto una ricerca su 85 ricoverati in regime di volontarietà, giungendo al seguente risultato: “Si tratta di pazienti psicotici, in cura da oltre sei anni, che in numero non limitato non conoscono il motivo del loro ricovero, neppure in approssimazione, che non sanno quale sia la prognosi della loro malattia, quale sia la vera funzione dei farmaci assunti di cui conoscono in parte i nomi e abbastanza bene la posologia”. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 256.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

progetto di cura⁹⁸⁷. Compreso che, nell'intento di tutelare la salute psichica, non sempre dalla persona si può ottenere un consenso libero, personale, esplicito, consapevole e partecipe, si deve sottolineare che ciò non esime il medico psichiatra dal dovere di informare, programmando contenuti, tempo e modalità comunicative⁹⁸⁸. Infatti, la dottrina ricava dall'esperienza clinica che il paziente psicotico, pur presentando compromissioni del proprio livello di funzionamento, conserva spazi di responsabilità e di autodeterminazione che devono essere valorizzati nel rapporto professionale⁹⁸⁹. Il consenso allora non è un atto solo formale che si possa chiedere ed ottenere *una tantum* o nell'immediatezza del primo incontro, assunto il quale il medico acquista la libertà di manovra fintantoché lo ritiene necessario. Si tratta, invece, di un processo continuo, fatto di contenuti precisi, che ha tra i requisiti fondamentali quello dell'attualità, di cui a lungo abbiamo discusso⁹⁹⁰. Dunque, non è necessario acquisirlo all'inizio della prestazione, ma deve essere confermato per l'intera durata del trattamento, anche quando l'adesione è messa in crisi da fatti contingenti, da resistenze manifestate dal paziente e, comunque, da fattori riconducibili all'interno della malattia⁹⁹¹. Per questo motivo, è evidente che, in considerazione del fatto che il consenso deve essere ribadito quale atto di accettazione consapevole per l'intera durata della prestazione, ma al tempo stesso che il paziente non sempre è in grado di fornirlo, il medico si trova nella scomoda situazione di operare in un clima di incertezza e di approssimazione⁹⁹². Ciò, come già affermato, non deve portare il terapeuta a sostituirsi al paziente, né tantomeno a ricostruire in via presuntiva la sua volontà⁹⁹³. Il problema del consenso informato in

⁹⁸⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 256.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

⁹⁸⁸ G. M. Vergallo, op. cit., 256.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

⁹⁸⁹ U. Fornari, S. Coda, "Il consenso nella pratica psichiatrico-forense"; U. Fornari, S. Coda, M. Iorio, "La valutazione della capacità decisionale in Psichiatria di consultazione", op. cit., 147 ss., rilevano che l'acquisizione del consenso informato non presenta una rilevanza circoscritta alla sola responsabilità professionale, in quanto comporta anche benefici nella psicoterapia: in particolare, aiuta il medico ad evitare che gli vengano attribuite "posizioni magico-onnipotenti"; prospettando al paziente i trattamenti alternativi, svincola la proposta terapeutica "da quella sorta di campanilismo per il quale solo la "nostra" terapia è quella "buona"; rende la persona assistita più attiva e partecipe all'interno del trattamento; infine, riduce "il rischio del verificarsi di una dipendenza regressiva troppo accentuata". Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 256.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

⁹⁹⁰ G. M. Vergallo, op. cit., 256.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

⁹⁹¹ G. M. Vergallo, op. cit., 256.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

⁹⁹² G. Frova, A. Santosuosso, "Situazioni di emergenza e pazienti incapaci" in A. Santosuosso, "Il consenso informato", Milano, 1995, 185; G. G. Rovera, "La validità del consenso informato nella persona con disturbi psichici", Torino, 1997; U. Fornari, "Il consenso informato in psichiatria", op. cit.; Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 256.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

⁹⁹³ C. Roxin, "Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale", Napoli, 1996. In proposito, noto è il caso "Englaro", in cui la paziente, morta il 9 febbraio del 2009, a seguito della sospensione di nutrizione ed idratazione artificiali, divenne improvvisamente e traumaticamente incapace, in condizioni di stato vegetativo, e non lasciò alcuna manifestazione espressa di volontà rispetto a terapie e scelte di fine vita, così che, con autorizzazione della Corte di appello di Milano, con decreto n.

psichiatria rimanda al concetto di “capacità di intendere e di volere” che ha valore in ambito forense, ma che a parere della dottrina medico-legale “non corrisponde ad alcun assetto psichico definito ed affidabile e tanto meno a chiari parametri psicopatologici”⁹⁹⁴. Tanto è vero che (...) in ambito bioetico si preferisce usare il termine inglese di *competence* o *capacity*, che fa riferimento alla generica capacità di un individuo di orientarsi nello spazio e nel tempo, di essere capace di comunicare e di esprimere la propria volontà (...); è “un insieme di capacità, un’attribuzione psicologica assai articolata e complessa che riguarda atti diversificati, per cui una persona può essere competente in alcuni settori del suo agire e non in altri”, cosicché essa “deve essere sempre contestualizzata, nel senso che deve essere sempre riferita a un atto specifico, riportata a quel preciso contesto, a quel determinato problema, al momento della decisione e al correlato funzionamento mentale del soggetto interessato dalla decisione”⁹⁹⁵. La questione viene posta, così, alla rovescia: si suppone a priori che ciascuno di noi sia in possesso delle sue facoltà, ma è l’ipotesi, semmai, che va dimostrata”⁹⁹⁶. Da un punto di vista medico-legale, quindi, è evidente che non ci sono strumenti normativi da invocare per poter operare in regime di assoluta legittimità con pazienti che non siano in grado di formulare un valido consenso o la cui validità sia continuamente messa in crisi da un approccio superficiale, labile o discontinuo”⁹⁹⁷. La libertà decisionale del paziente e, di conseguenza, la validità del consenso informato sono condizionate da fattori complessi, quali il livello di compromissione cognitiva ed emozionale e l’intensità del rapporto di dipendenza terapeutica. Basti pensare al fatto

88 del 2008, si procedette all’interruzione dei trattamenti di sostegno vitale, idratazione ed alimentazione con sondino nasogastrico, su richiesta del genitore in veste di tutore. Ai fini della ricostruzione della volontà presunta, diretta, nel caso del paziente psichiatrico, non ad interrompere un trattamento ma ad intraprendere una terapia, la Cassazione si è espressa riconoscendo al giudice la possibilità di disattivare il sondino nasogastrico che provvede alla nutrizione ed idratazione e che tiene artificialmente in vita una persona in condizione di stato vegetativo irreversibile da moltissimo tempo, con conseguente incapacità di rapportarsi al mondo esterno, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, purché “*tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l’idea stessa di dignità della persona*”. Nel 2012, con sentenza n. 20984, la Corte ha ribadito che il consenso del paziente all’atto medico deve concretarsi in una esplicita manifestazione di volontà consequenziale a un’adeguata attività informativa, e non può mai essere tacito o presunto neppure nell’ipotesi in cui il paziente sia a sua volta medico; presuntiva può essere la prova che un consenso informato sia stato effettivamente ed esplicitamente dato. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 256.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

⁹⁹⁴ G. M. Vergallo, op. cit., 256.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

⁹⁹⁵ U. Fornari, “*Trattato di psichiatria forense*”, Torino, 2013. Si veda C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

⁹⁹⁶ S. Argentero, “*Validità del consenso dei pazienti psichiatrici nelle sperimentazioni farmacologiche. Il punto di vista medico e deontologico*”, op. cit. 209. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 256.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

⁹⁹⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 256.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

che al malato può mancare la coscienza di malattia, che il disagio del disturbo mentale può essere percepito molto di più nell'ambiente circostante, nella famiglia, piuttosto che dal paziente stesso, per cui in questi casi raggiungere un consenso attivo ed informato rispetto al piano terapeutico proposto può rappresentare quasi un punto di arrivo piuttosto che un punto di partenza per lo psichiatra⁹⁹⁸. Per questi motivi, tutta la dottrina psichiatrica concorda sul fatto che l'elencazione dei requisiti necessari per considerare valido un consenso sono distanti dalla realtà e che, pertanto, "con simili pazienti il consenso può divenire non un pre-requisito essenziale per dare inizio alla terapia, ma più spesso uno degli obiettivi da raggiungere attraverso un lungo lavoro terapeutico"⁹⁹⁹. Dunque molti interventi, "in campo psichiatrico iniziano proprio basandosi sul semplice assenso che, in seguito, nel costruirsi di un contesto clinico favorevole, nel divenire dell'alleanza terapeutica e nello stabilirsi di un clima di reciproca fiducia, si può trasformare in un vero e proprio consenso"¹⁰⁰⁰. Ne deriva che non bisogna assumere atteggiamenti paternalistici rispetto alle decisioni che il paziente deve prendere con il suo terapeuta, ma neanche deve ritenersi indispensabile l'acquisizione di un consenso perfettamente configurato sia sotto il profilo della forma che dei contenuti. Inoltre, non appare necessario acquisire il consenso dei congiunti¹⁰⁰¹. Può accadere, però, anche il contrario, ossia di iniziare un trattamento con un valido consenso che poi si dissolve con il passare del tempo per l'evoluzione del disturbo psichico, come nella malattia dell'Alzheimer¹⁰⁰². È importante che l'informazione confluisca nella comunicazione, ma nei casi specifici anche il livello dell'assenso è sufficiente per iniziare un intervento che può riguardare sia l'accertamento della malattia che il suo trattamento¹⁰⁰³. Perplessità in ordine alla validità del consenso informato investono anche i disturbi depressivi, infatti "ci si può ragionevolmente chiedere che senso abbia considerarlo valido

⁹⁹⁸ G. M. Vergallo, op. cit., 256.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

⁹⁹⁹ R. Catanesi, F. Carabellese, "Il consenso nella pratica riabilitativa"; U. Fornari, "Aspetti del consenso in psichiatria clinica e forense", Torino, 2001. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 256.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

¹⁰⁰⁰ U. Fornari, ne "L'informazione come strumento comunicativo e terapeutico", in "Aspetti del consenso in psichiatria clinica e forense", Torino, 2001, 18, sostiene che nella maggior parte degli ambulatori psichiatrici "la realtà e quella dei pazienti in condizioni di disagio soggettivo, con scarsa autonomia decisionale e carente consapevolezza della malattia, più o meno insistentemente sollecitati a curarsi dai familiari e dal contesto in cui vivono, con difficoltà più o meno gravi a comprendere l'esatta natura dei propri disturbi, le necessità terapeutiche ed il percorso da intraprendere per avviare un processo di presa in carico". Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 256.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

¹⁰⁰¹ A. Fiori, "Ripensare il consenso informato" in U. Fornari, S. Coda, M. Iorio, ne "La valutazione della capacità decisionale in Psichiatria di consultazione", Torino, 2003, 183 ss., valorizzano la necessità di tornare alla "medicina della responsabilità", basata sulla posizione di garanzia del medico. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 256.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

¹⁰⁰² G. M. Vergallo, op. cit., 256.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

¹⁰⁰³ G. M. Vergallo, op. cit., 256.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

il consenso informato in un grave depresso, con deliri e con grave rallentamento psicomotorio che ostacola o impedisce ogni forma di comunicazione”¹⁰⁰⁴. La dottrina psichiatrica più accreditata sottolinea come un aspetto importante della comunicazione sia la “restituzione del consenso”¹⁰⁰⁵. Non è sufficiente la certezza di aver fornito informazioni in maniera chiara, semplice, di facile comprensione; è necessario verificare cosa, di quello che lo psichiatra ha spiegato, il paziente ha effettivamente recepito. Quindi, è compito clinico dello psichiatra valutare il grado di attenzione e di comprensione, nonché la coerenza e la validità della risposta ricevuta¹⁰⁰⁶. Da queste premesse discende il carattere dinamico del consenso, da intendere come un processo che accompagna tutta la relazione tra medico e paziente¹⁰⁰⁷. La validità del consenso al trattamento da parte del paziente psichiatrico richiede che vengano soddisfatte alcune condizioni concernenti le capacità in merito alla decisione di accettare o rifiutare un trattamento psichiatrico ed in particolare: la capacità di comprendere le informazioni essenziali, di elaborarle razionalmente, di valutare la situazione e le probabili conseguenze di una scelta e di comunicarla¹⁰⁰⁸. Pertanto, sia che si tratti di un soggetto per il quale si giudichi opportuna una terapia farmacologica, sia in caso di trattamento di tipo analitico, di fronte al rifiuto consapevole del paziente il medico deve astenersi dal dar corso alla terapia. Il limite che lo psichiatra non deve superare è il rifiuto esplicito del paziente al trattamento¹⁰⁰⁹. In questi casi, ove ricorrano le condizioni di legge, potrà essere attuato un trattamento sanitario obbligatorio, altrimenti lo psichiatra deve rispettare la volontà e la libertà del paziente¹⁰¹⁰. Se non lo facesse ed indirizzasse la sua opera verso trattamenti di prevenzione che limitano la libertà del paziente, con presidi, ad esempio, di tipo farmacologico, agirebbe in contrasto con i desideri di questi ed in una direzione che si allontanerebbe dalla nuova impostazione del rapporto tra medico e paziente, che esige il rispetto dell'autonomia e della libertà attraverso gli strumenti dell'alleanza terapeutica che passa per l'informazione ed il consenso¹⁰¹¹. Quando l'intervento terapeutico viene svolto con la partecipazione di un' *équipe* curante, come accade nell'ambito dei servizi psichiatrici, il consenso acquisito da uno dei componenti

¹⁰⁰⁴ P. Pancheri, “Consenso al trattamento, ma quale consenso?”, in “Giornale Italiano di Psicopatologia”, 1999, fasc. 2 e 5. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 256.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

¹⁰⁰⁵ U. Fornari, “Il consenso informato in psichiatria” e “Aspetti del consenso in psichiatria clinica e forense”, op. cit., 29 ss.

¹⁰⁰⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 256.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

¹⁰⁰⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 256.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

¹⁰⁰⁸ G. M. Vergallo, op. cit., 259 ss.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

¹⁰⁰⁹ G. M. Vergallo, op. cit., 259 ss.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

¹⁰¹⁰ G. M. Vergallo, op. cit., 259 ss.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

¹⁰¹¹ G. M. Vergallo, op. cit., 259 ss.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

deve ritenersi implicitamente esteso a tutti gli altri¹⁰¹². Quanto alla forma dell'atto di consenso, sarà opportuno che questo sia scritto e accompagnato da un dettagliato foglio di informazioni, almeno per quei casi che hanno un certo carattere di invasività: ci si riferisce ai trattamenti con elettroshock ed a quelli con farmaci neurolettici che possono alterare le condizioni psichiche e fisiche¹⁰¹³. Per una corretta formalizzazione è indispensabile che il paziente o altro per suo conto pongano la firma sia sul foglio delle informazioni che su quello del consenso¹⁰¹⁴.

4.4 Informazione e comunicazione in psichiatria

Come dichiarato nel precedente paragrafo, la capacità decisionale richiesta al paziente è specifica, relativa alla propria salute ed alla propria vita e non può prescindere da una conoscenza dei contenuti piena e dei risvolti positivi e negativi della scelta da compiere¹⁰¹⁵. Quindi il medico sarà tenuto a fornire il più elevato ed accessibile grado di informazioni, ottemperando il suo primario dovere informativo, colmando il deficit dovuto alla tecnicità sostanziale. L'informazione in psichiatria è un problema che ha fatto discutere, senza giungere ad una soluzione condivisa, la dottrina medico-legale¹⁰¹⁶. Infatti i dubbi non sono stati del tutto sciolti e sono consistenti e talmente vari che non è possibile fornire in questa sede una analisi dettagliata. Il complesso problema del

¹⁰¹² G. M. Vergallo, op. cit., 259 ss.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

¹⁰¹³ G. M. Vergallo, op. cit., 259 ss.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

¹⁰¹⁴ G. M. Vergallo, op. cit., 262.; C. Cupelli, op. cit., 82 ss.

¹⁰¹⁵ C. Cupelli, op. cit., 92 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 262 ss.

¹⁰¹⁶ È compito delicato quello di indagare che il consenso o il dissenso prestati siano reali, adeguati e validi, provengano cioè da persona autonoma nella propria decisione e che tale manifestazione di volontà, positiva o negativa permanga intatta e libera durante tutto il trattamento. Tra le regole minime per la valutazione del consenso o del dissenso espresso è fondamentale l'analisi del processo mentale che la persona segue nella ricezione, nella valutazione e nella restituzione dell'informazione datagli, al fine di decidere se ci si trova al cospetto di un paziente competente o meno; le abilità funzionali che lo psichiatra è tenuto ad esaminare per esprimere un giudizio motivato sulla validità della posizione assunta sono, da un lato, "la capacità di recepire e comprendere informazioni rilevanti per la decisione da prendere; la capacità di valutare il significato dell'informazione; la capacità di ragionare sulle informazioni ricevute; la capacità di esprimere una scelta, di decidere", e, dall'altro, "il contesto temporale, situazionale e relazionale in cui si inseriscono adesione o rifiuto". Si veda C. Cupelli, op. cit., 92 ss.; J.M. Birkhoff, "Il consenso e la capacità di comprendere del paziente", in *La responsabilità professionale dello psichiatra*, Torino, 2006; G. Masotti-T. Sartori-G. Guaitoli, "Il consenso del malato di mente ai trattamenti sanitari", in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 308 ss.; U. Fornari, "Trattato di psichiatria forense", op. cit., 1035 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 264 ss.

consenso informato è stato affrontato anche dal Comitato Nazionale per la Bioetica che ha sottolineato la natura graduale e mutevole della capacità di intendere e di volere anche nel caso della psicosi in quanto tra l'assoluta incapacità, propria della demenza, e la normalità, vi sono una serie di gradi intermedi, dove *deficit* cognitivi e alterazioni affettive possono determinarne diminuzioni, ma non la totale assenza¹⁰¹⁷. Analizzando la problematica dell'informazione e del consenso i pazienti psichiatrici possono essere distinti in due categorie: quelli affetti da forme patologiche che si traducono nell'impossibilità ed incapacità di intendere e di volere, anche temporanea o parziale, causata ad esempio da psicosi e stati confusionali, e quelli affetti da patologie in cui sono alterate solo funzioni che non intaccano queste capacità, come i nevrotici¹⁰¹⁸. L'informazione deve essere fornita in maniera tale da non viziare la decisione del paziente e deve essere tanto più precisa e dettagliata quanto maggiori potrebbero essere i rischi, gli effetti indesiderati e le possibilità di insuccesso della terapia. Soprattutto in questi casi, il medico deve essere accreditato delle capacità di una valutazione psichica, anche se sommaria, del paziente e lasciato arbitro dei contenuti dell'informativa¹⁰¹⁹. La dottrina medico-legale riconosce al medico un ambito di discrezionalità entro cui poter valutare liberamente se è il caso di informare più o meno dettagliatamente il malato, fornendo una informazione minima di base, sempre dovuta a tutti¹⁰²⁰. Partendo dal presupposto che l'informazione è ineliminabile per conseguire il consenso del malato, lo psichiatra deve contestualizzarla, tenendo conto del livello cognitivo e culturale del paziente, del tipo di notizia che gli si deve dare e della difficoltà del problema da affrontare, oltre che delle sue condizioni emotive. In altri termini, deve adattarla alle sue capacità¹⁰²¹. È questo il modo per passare da un'informazione impersonale ad una autentica comunicazione. Essa, comunque, deve comprendere un attendibile e comprensibile orientamento diagnostico relativo alla condizione attuale del paziente, le caratteristiche del trattamento prescritto, le motivazioni che sostengono la prescrizione, i vantaggi riconoscibili per il trattamento prescritto, sia a breve che a lungo termine, gli svantaggi ed i rischi correlati al trattamento stesso¹⁰²². Il paziente, ove possibile, deve essere informato dell'incidenza, della gravità e dei possibili antidoti, degli effetti indesiderati più gravi del trattamento prescritto e delle possibilità di prescrivere un

¹⁰¹⁷ C. Cupelli, op. cit., 92 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 264 ss.

¹⁰¹⁸ C. Cupelli, op. cit., 92 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 264 ss.

¹⁰¹⁹ C. Cupelli, op. cit., 92 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 264 ss.

¹⁰²⁰ C. Cupelli, op. cit., 92 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 264 ss.

¹⁰²¹ C. Cupelli, op. cit., 92 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 264 ss.

¹⁰²² C. Cupelli, op. cit., 92 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 264 ss.

trattamento alternativo, farmacologico o non, considerandone vantaggi e svantaggi¹⁰²³. Quindi, in psichiatria non è sufficiente che l'informazione sia tecnicamente corretta, completa, comprensibile, chiara e che soddisfi tutti i requisiti che il medico "informatore" deve rispettare, ma è importante che venga offerta in un contesto relazionale significativo e che il "ricevente" sia in grado di decodificare correttamente, almeno nelle sue linee di massima, il messaggio che gli è stato trasmesso¹⁰²⁴. Infatti, "il significato reale del consenso informato è vincolato non tanto al contenuto dell'informazione scritta, ma piuttosto a quanto di tale informazione il paziente recepisce effettivamente. In altre parole, il soggetto non acconsente a ciò che gli viene detto, e tanto meno a ciò che è scritto, ma a ciò che capisce¹⁰²⁵. È stato dimostrato che il livello di comprensione e ritenzione dell'informazione non è elevatissimo in condizioni normali; a maggior ragione ciò è applicabile a condizioni critiche", quali appunto quelli del paziente con *deficit* psichico¹⁰²⁶. Ogni informazione, avendo origine da una certa realtà clinica, dovrebbe andarsi a collocare negli spazi di autonomia, di libertà e di capacità che si presume il malato ancora possenga. Ma non basta: la sua risposta varia al variare del livello nozionistico e culturale di base¹⁰²⁷; del tipo di intervento proposto¹⁰²⁸; dell'essere stato o meno intrapreso un percorso di cura e di assistenza, in corso di somministrazione di psicofarmaci o di psicoterapia o di terapie combinate; dalle caratteristiche del contesto in cui avviene l'incontro con l'operatore sanitario, ad esempio in ambulatorio o nell'abitazione¹⁰²⁹. In ogni caso, il paziente deve essere informato relativamente a diagnosi, indicazioni terapeutiche e terapie alternative, conseguenze delle terapie e della mancata terapia, durata della terapia, prognosi¹⁰³⁰.

¹⁰²³ U. Fornari, "L'informazione come strumento comunicativo e terapeutico" e "Aspetti del consenso in psichiatria clinica e forense", op. cit., 13 ss.. Si veda C. Cupelli, op. cit., 92 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 264 ss.

¹⁰²⁴ C. Cupelli, op. cit., 94 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 264 ss.

¹⁰²⁵ C. Cupelli, op. cit., 94 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 264 ss.

¹⁰²⁶ A. A. Bignamini, "Il consenso di chi non può consentire in sperimentazione clinica: etica e Gcp a confronto", in *Med. Mor.*, 1999, 1094. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 264 ss.

¹⁰²⁷ Soggetti, ad esempio, con carenze a vari livelli, immigrati, extracomunitari, ecc. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 264 ss.

¹⁰²⁸ Psicoterapeutico che sia o psicofarmacologico; di ricovero o di invio in una struttura intermedia; di terapia domiciliare o ambulatoriale. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 264 ss.

¹⁰²⁹ G. M. Vergallo, op. cit., 264 ss.

¹⁰³⁰ E. Sacchetti, "Il consenso informato e le terapie psichiatriche, con particolare riferimento alle psicofarmacoterapie"; G. Vella, A. Siracusano, "Il consenso informato in Psichiatria", Torino, 1997, 49 ss.. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 264 ss.

4.5 La scriminante del consenso negli accertamenti diagnostici

Lo psichiatra, come ogni altro specialista, ha la necessità di richiedere accertamenti diagnostici. Questi possono essere di natura non cruenta e/o immuni da rischi, come visite specialistiche o esami di laboratorio, oppure cruenti e presentanti un certo margine di rischio, come esami angiografici o con iniezioni di mezzi di contrasto¹⁰³¹. Come principio avente carattere generale, è necessario limitare gli esami del secondo tipo al minimo, utilizzando accertamenti analoghi, effettuati di recente perché richiesti da altro specialista o struttura sanitaria affidabile, sia per non sovraccaricare il paziente, che spesso è sottoposto ad un lungo *iter* diagnostico strumentale, sia per non gravare la sanità di costi evitabili¹⁰³². Anche nel caso in cui debba prescrivere esami radiografici, lo psichiatra deve essere attento a fornire informazioni ed a richiedere il consenso del paziente, non esitando a ricorrere ad esami meno rischiosi, anche se meno probanti, quando il paziente rifiuti decisamente di sottoporsi all'esame prescritto¹⁰³³. È necessario motivare, magari nella richiesta scritta fatta al radiologo, l'esame ed il fine che si prefigge, sottolineando che per tale indagine specialistica è stato chiesto ed ottenuto il consenso informato del paziente¹⁰³⁴.

4.6 Il privilegio terapeutico

Una particolare importanza assume, nel consenso al trattamento del paziente psichiatrico, il cosiddetto "privilegio terapeutico"¹⁰³⁵. Nella letteratura anglosassone il *therapeutic privilege* è riferito alla condizione nella quale il medico omette di dare, per sua decisione o su richiesta del paziente, alcune informazioni che potrebbero compromettere l'accettazione al trattamento proposto, in nome del dovere primario del medico di curare nel miglior modo il proprio paziente e di tutelare, quindi, il diritto di

¹⁰³¹ G. M. Vergallo, op. cit., 264 ss.

¹⁰³² G. M. Vergallo, op. cit., 264 ss.

¹⁰³³ G. M. Vergallo, op. cit., 264 ss.

¹⁰³⁴ N. Lalli, "*Manuale di psichiatria e psicoterapia*", Napoli, 1999, 846. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 264 ss.

¹⁰³⁵ G. M. Vergallo, op. cit., 264 ss.

quest'ultimo alla salute¹⁰³⁶. Se non pone problemi la richiesta del paziente di non essere informato, in quanto espressione della libertà sancita dall'art. 33, ultimo comma, del codice di deontologia, molto controversa è l'ammissibilità della scelta del medico di tenere il malato psichiatrico all'oscuro di alcune informazioni¹⁰³⁷. Come regola generale, l'utilizzazione del privilegio terapeutico viene considerata contraria ad uno dei presupposti essenziali del consenso informato, ossia la necessità di dare un'informazione obiettiva e completa al paziente in merito alla diagnosi, alla prognosi ed alle opzioni terapeutiche¹⁰³⁸. Di fatto, spesso gli psichiatri utilizzano il privilegio terapeutico nei casi in cui è necessario effettuare un trattamento, in mancanza del quale sarebbero certe le ricadute negative in termini di salute¹⁰³⁹. La tendenza della letteratura anglosassone è quella di permettere al medico di modulare, ma anche di omettere, le informazioni tali da indurre nel paziente una reazione emotiva che non permetterebbe una discussione razionale delle modalità del consenso informato. Inoltre, anche l'art. 33, comma 2, del c.d.m., stabilendo che il medico deve informare il suo assistito "tenendo conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuovere la massima partecipazione alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche", implicitamente accetta un cauto uso del privilegio terapeutico in particolari circostanze¹⁰⁴⁰. Del resto, il fatto che il medico si ponga il problema di quali informazioni non dare per evitare che il paziente rifiuti le cure è sintomatico di un'attenzione verso il suo problema psichico, la quale è ben più apprezzabile rispetto all'alternativa di trattare tutti i pazienti nel medesimo modo, banalizzando e massificando la relazione terapeutica¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 264 ss.

¹⁰³⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 265 ss.

¹⁰³⁸ G. M. Vergallo, op. cit., 265 ss.

¹⁰³⁹ Ciò è particolarmente evidente in quei casi in cui la comunicazione diretta della diagnosi, ad esempio nella schizofrenia, e della necessità di una terapia per un disturbo non ritenuto tale dal paziente, come nel delirio, può comportare un netto rifiuto al trattamento. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 264 ss.

¹⁰⁴⁰ G. M. Vergallo, op. cit., 264 ss.

¹⁰⁴¹ G. M. Vergallo, op. cit., 265.

4.7 Il “contratto di Ulisse”

La dottrina discute se il paziente affetto da disturbi psichiatrici di andamento cronico, remittente recidivante, che tipicamente si configura nel disturbo bipolare, ma anche nei disturbi deliranti cronici e schizoaffettivi, possa lasciare direttive anticipate nei periodi intercritici¹⁰⁴². Il vincolarsi da soli nel caso si verificano specifiche situazioni è parso un modo prudente di gestire momenti di irrazionalità¹⁰⁴³. Questo tipo di scelta è stato anche definito in termini di “comportamento strategico” come quello di Ulisse che si legò all’albero della nave per non soccombere al canto delle sirene, dando nel contempo precisi ordini ai suoi marinai di non obbedirgli qualunque protesta egli elevasse¹⁰⁴⁴. Con il termine “contratto di Ulisse”, dunque, si è chiamato il particolare accordo tra un paziente psichiatrico ed i suoi medici, per cui il primo acconsente ad essere ospedalizzato, oppure trattato con terapie specifiche contro la sua volontà nei periodi di crisi¹⁰⁴⁵. Da un punto di vista medico-legale la dottrina ha proposto alcune limitazioni a tale tipo di “contratto”. Innanzitutto, dovrebbe essere limitato ad alcune malattie psichiatriche e solo dopo che il paziente sia già passato attraverso almeno due episodi di completa remissione; la persona, quando accetta il contratto, deve essere libera da sintomi psichiatrici e da ogni tipo di coercizione¹⁰⁴⁶. Inoltre, il contratto deve essere possibile solo all’interno di una relazione psichiatrica già stabilita con reciproca fiducia. Ulteriore requisito è che il contenuto delle direttive anticipate deve essere chiaro e circostanziato: il paziente deve sapere quale trattamento accetta in anticipo e per quali sintomi, senza che vi sia possibilità di alcun fraintendimento¹⁰⁴⁷. Infine, il periodo di validità legale del contratto deve essere definito e limitato, come ugualmente limitato

¹⁰⁴² G. M. Vergallo, op. cit., 265 ss.

¹⁰⁴³ G. M. Vergallo, op. cit. 265 ss.

¹⁰⁴⁴ G. M. Vergallo, op. cit. 265 ss.

¹⁰⁴⁵ In Gran Bretagna, questo contratto è chiamato *crisis card*. Due obiezioni sono state mosse principali: la prima sostiene che vi è una differenza essenziale tra questo contratto e le direttive anticipate. Infatti, le direttive anticipate in caso di malattie somatiche presumono la perdita irreversibile della coscienza da parte del malato, tale che egli non sia più in grado di prendere o comunicare alcuna decisione che lo riguarda, come nel caso dello stato vegetativo persistente. Ciò non è dato nei disturbi psichiatrici, dove invece il paziente rimane portatore di una volontà autonoma e della capacità di comunicarla agli altri. La seconda obiezione riguarda la scarsa affidabilità delle diagnosi psichiatriche: perché il contratto di Ulisse possa funzionare è necessario che sia possibile effettuare una distinzione netta, chiara e precisa tra condizioni mentali e comportamenti normali e patologici. Ciò non può essere e, di conseguenza, rimane un’area di discrezionalità eccessiva e pericolosa in ogni forma di contratto di di Ulisse. E. Mordini, “*Psichiatria, deontologia ed etica medica*” in AA.VV., “*Lo psichiatra italiano*”, Milano, 1997. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 264 ss.. M. Vergallo, op. cit.

¹⁰⁴⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 267 ss.

¹⁰⁴⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 267 ss.

deve essere il periodo durante il quale il paziente può essere trattato contro la sua volontà. Tale disciplina appare coerente con quella elaborata, in prospettiva generale, dal Comitato Nazionale per la Bioetica nel documento sulle dichiarazioni anticipate di trattamento¹⁰⁴⁸.

4.8 Il ruolo della famiglia e dello psichiatra

La peculiarità delle malattie ora considerate rende più significativo, rispetto ad altri trattamenti medici, il coinvolgimento di terze persone che, conoscendo bene il malato, possono essere d'aiuto nell'instaurare e nel coltivare il percorso terapeutico¹⁰⁴⁹. Infatti, mentre in altre specialità mediche il piano terapeutico può essere mantenuto in un rapporto individuale diretto ed esclusivo tra medico e paziente, eventualmente con l'intervento del personale tecnico, ove siano necessari supporti strumentali, in campo psichiatrico per poter realizzare proficuamente la strategia di miglioramento dello stato di salute è spesso importante la collaborazione dei familiari, amici o anche di altre persone che vengono comunque in frequente contatto con il paziente. Ne risulta così che la relazione terapeutica non si sostanzia più solo in un dialogo fra due persone, ma si estende ad altri che vi partecipano in vario modo e con diversi ruoli¹⁰⁵⁰. Tuttavia, in virtù del combinato disposto degli artt. 34 e 12 c.d.m, la loro partecipazione può avvenire solo con il consenso del diretto interessato, a meno che vi sia grave pericolo per la vita del malato stesso ed il "paziente medesimo non sia in grado di prestare il proprio consenso per impossibilità fisica, per incapacità d'agire e/o di intendere e di volere; in quest'ultima situazione peraltro, sarà necessaria l'autorizzazione dell'eventuale legale rappresentante laddove precedentemente nominato"¹⁰⁵¹. Da un punto di vista giuridico, nessun peso può essere attribuito al parere espresso da parenti e familiari, c.d. parere-assenso, perché nel nostro ordinamento la famiglia non può essere diretta autrice di decisioni, ma può essere informata e chiamata in campo in presenza di

¹⁰⁴⁸ G. M. Vergallo, op. cit., 267 ss.

¹⁰⁴⁹ G. M. Vergallo, op. cit., 267 ss.

¹⁰⁵⁰ G. M. Vergallo, op. cit., 267 ss.

¹⁰⁵¹ G. M. Vergallo, op. cit., 267 ss.

“una giusta causa di rivelazione di segreto professionale”, secondo l’art. 10 c.d.m.¹⁰⁵²

La questione del coinvolgimento dei familiari e l’idea di renderli partecipi al processo terapeutico non è stata ben accolta da una parte della dottrina psichiatrica, che ha voluto collocare il consenso del paziente in una cornice più ampia ammettendo la necessità di figure che possono essere significative ed importanti per il paziente¹⁰⁵³. In ogni caso, sia che il contesto familiare sia in sintonia con le vedute del paziente, sia che invece si opponga, è fuori discussione che un’adesione rigorosa ai principi del consenso non consenta di aggirare in alcun modo la volontà dell’interessato, che lo psichiatra è tenuto a rispettare. Il consenso, infatti è e resta personale anche nel caso del paziente psichiatrico e una volta reso manifesto dovrà essere rispettato, a meno che ricorrano le condizioni per un trattamento sanitario obbligatorio¹⁰⁵⁴.

4.9 Il consenso informato nell’amministrazione di sostegno

La capacità cognitiva e, quindi, decisionale varia nelle diverse fasi della vita e, “anche se presuntivamente valida sul piano legale, è tuttavia da valutare sul piano dell’etica con problemi di non perfetta coincidenza tra le due diverse sfere di valutazione”¹⁰⁵⁵ perché è soggetta al deterioramento cerebrale ed all’involuzione delle funzioni psichiche da qualsiasi causa provocata¹⁰⁵⁶. Con l’entrata in vigore della legge n. 6/2004, la quale, dopo un percorso che, *more solito*, si è rivelato lungo¹⁰⁵⁷, ha introdotto l’istituto dell’amministrazione di sostegno, segnando un significativo punto di svolta nel trattamento legale riservato al disabile psichico. Tale legge, infatti, esprime il principio per cui il “sostegno” non si limita alla sfera economico-patrimoniale, ma tiene conto dei bisogni e delle aspirazioni dell’essere umano¹⁰⁵⁸. Ne consegue che, quando l’interessato

¹⁰⁵² G. M. Vergallo, op. cit., 267 ss.

¹⁰⁵³ G. M. Vergallo, op. cit.

¹⁰⁵⁴ L. Ancona, “*La tutela del malato psichico*” in A. Bompiani, “*Bioetica in medicina*”, Roma, 1996. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 267 ss.

¹⁰⁵⁵ L. De Caprio, R. Prodomo, P. Ricci, A. De Palma, A. Bove, “*Consenso informato e decadimento cognitivo*”, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1998, 90. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 269 ss.

¹⁰⁵⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 269 ss.

¹⁰⁵⁷ P. Cendon, “*Un altro diritto per i soggetti deboli. L’amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*”, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2005, 135. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 269 ss.

¹⁰⁵⁸ G. M. Vergallo, op. cit., 269 ss.

non è in grado di manifestare un consenso o un dissenso, fondato su una valutazione critica della situazione patologica e delle conseguenze che gliene deriverebbero se non vi provvedesse, l'amministratore di sostegno può essere autorizzato dal giudice a sostituire il beneficiario nella manifestazione del consenso informato ai trattamenti terapeutici proposti¹⁰⁵⁹. In applicazione della legge, ad esempio, il giudice tutelare ha autorizzato l'amministratore di sostegno ad esprimere il consenso informato in nome e per conto di un soggetto affetto da disturbo delirante cronico che, benché gravemente diabetico, negava la propria malattia al punto di alimentarsi prevalentemente con il miele, dimostrando così di essere incapace di esprimere una autonoma e consapevole valutazione del suo stato¹⁰⁶⁰. Autorevole dottrina ha richiamato l'attenzione sulle difficoltà valutative sollevate da questo istituto. Per stabilire se il soggetto necessita o meno di essere interdetto sono sufficienti una o due sedute nelle quali somministrargli semplici strumenti di valutazione delle funzioni cognitive¹⁰⁶¹. Diversamente, poiché l'amministrazione di sostegno ha la funzione di valorizzare le residue capacità del beneficiario, occorre valutare non solo lo stato clinico ed il funzionamento del soggetto, ma anche "le sue capacità relazionali rispetto alla situazione che si determinerà allorché sarà affiancato da una persona che dovrà assisterlo, aiutarlo e sostenerlo, non solo nel suo modo di essere, ma anche in quello di esistere, nel senso più ampio del termine"¹⁰⁶². Ne consegue che prima di attribuire a qualcuno l'incarico di amministratore di sostegno, dovrebbero essere oggetto di valutazione anche le qualità personale e relazionali per verificarne la compatibilità con il beneficiario¹⁰⁶³. Altrimenti "si prefigurerebbe un elevato rischio di imporre ad un soggetto già sofferente, fino alla disabilità, un ulteriore elemento iatrogeno, quasi una forma di vessazione, che non solo potrebbe aggravare il suo stato psico-patologico, ma impedire, od almeno ridurre, la possibilità di un miglioramento o di una qualche forma di emancipazione che, anche se non sufficiente per annullare o sospendere l'affiancamento dell'istituto, potrebbe consentire alla persona disabile di fruirne in un modo più relazionale e partecipativo, con un senso di auto-compiacimento e di miglioramento del proprio riferirsi sul "Sé" psichico e fisico e quindi con un incremento di un senso di benessere e magari anche di una relativa gioia

¹⁰⁵⁹ G. Gennari, "La protezione della autonomia del disabile psichico nel compimento di atti di natura personale, con particolare riferimento al consenso informato all'atto medico", in *Famiglia*, 2006. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 269.

¹⁰⁶⁰ Trib. Modena, 15 settembre 2005, in *Fam. Dir.*, 2005. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 269 ss.

¹⁰⁶¹ MMSE e MODA. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 269 ss.

¹⁰⁶² G. M. Vergallo, op. cit., 269 ss.

¹⁰⁶³ G. M. Vergallo, op. cit., 269 ss.

di vivere”¹⁰⁶⁴. Per meglio illustrare l’istituto, come già ho anticipato, l’amministrazione di sostegno è stato introdotto con la legge 6 del 2004, in favore della persona che “per effetto di una infermità, ovvero di una menomazione fisica e psichica, si trova nell’impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi”¹⁰⁶⁵, ex art. 404 c.c. Tale legge non contiene un’esplicita posizione di liceità del consenso informato espresso dall’amministratore di sostegno; pertanto, la soluzione del problema è condizionata dai presupposti di applicazione del nuovo istituto. In particolare, se si aderisce alla tesi per cui l’amministrazione di sostegno presuppone sempre l’abituale capacità di intendere e di volere del beneficiario, ne discende che l’amministratore non può essere investito del potere di sostituire il beneficiario nella prestazione del consenso, e quindi sarebbe invalido il consenso eventualmente da lui manifestato¹⁰⁶⁶. Se si aderisce invece alla impostazione che associa necessariamente all’amministrazione di sostegno una sia pur lieve disfunzionalità mentale, il problema del potere sostitutivo in relazione ai trattamenti sanitari deve essere esaminato caso per caso¹⁰⁶⁷. Ove la volontà del beneficiario non sia condizionata o viziata da una patologia o da una menomazione che gli impediscano una corretta rappresentazione dell’intervento terapeutico e delle conseguenze della sua realizzazione o omissione, in linea di principio non si potrà intervenire contro la sua libera volontà¹⁰⁶⁸. Sarà possibile che i soggetti legittimati ex art. 406 c.c. si adoperino per una corretta opera di informazione e convincimento in modo da indurre il beneficiario a superare tabù, paure o incertezze ingiustificate e a sottoporsi ai trattamenti sanitari¹⁰⁶⁹. Tuttavia, né il provvedimento del giudice tutelare né la decisione dell’amministrazione di sostegno possono ignorare una permanente e cosciente espressione di volontà contraria da parte del beneficiario, realizzando, di fatto, un trattamento sanitario obbligatorio in casi in cui non è previsto dalla legge¹⁰⁷⁰. Del resto, la dottrina è concorde nel ritenere che la nomina dell’amministratore di sostegno sia non già uno strumento di imposizione o di sostituzione dell’autonomia del beneficiario, bensì il meccanismo attraverso cui superare i condizionamenti ed i limiti conseguenti ad infermità o a menomazione¹⁰⁷¹. Infatti, con riferimento all’art. 410,

¹⁰⁶⁴ A. Marigliano, “L’amministrazione di sostegno” in A. Farneti, M. Cucci, S. Scarpati, “*Problemi di responsabilità sanitaria*”, Milano, 2007, 93. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 157 ss.

¹⁰⁶⁵ Per l’analisi della legge si rinvia a G. Bonilini, A. Chizzini, “L’amministrazione di sostegno”, Padova, 2007; S. Patti, “L’amministrazione di sostegno”, Milano, 2005. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 157 ss.

¹⁰⁶⁶ Trib. Torino, 24 maggio 2004, in www.personaedanno.it. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 157 ss.

¹⁰⁶⁷ G. M. Vergallo, op. cit., 157 ss.

¹⁰⁶⁸ G. M. Vergallo, op. cit., 157 ss.

¹⁰⁶⁹ G. M. Vergallo, op. cit., 157 ss.

¹⁰⁷⁰ G. M. Vergallo, op. cit., 157 ss.

¹⁰⁷¹ G. M. Vergallo, op. cit., 157 ss.

comma 2, c.c., l'amministratore, che abbia avuto tra i propri incarichi quello di provvedere alla tutela della salute dell'infermo, non può decidere contro il parere del suo assistito, in quanto, in caso di dissenso, egli ha l'obbligo di informare il giudice tutelare¹⁰⁷². Appare, pertanto, arduo sostenere che la residua capacità del beneficiario possa essere compressa sino al punto che il consenso ai trattamenti sanitari e terapeutici sia manifestato dall'amministratore di sostegno, in totale sostituzione del paziente¹⁰⁷³. In virtù di queste considerazioni, il Tribunale di Torino con decreto del 22 maggio 2004, decidendo su un ricorso per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno di un soggetto affetto da "tossicodipendenza di grado severo", ha ammesso che il panorama normativo e giurisprudenziale, alla luce delle disposizioni previste dalla legge n. 833/1978 e soprattutto, a seguito della ratifica della Convenzione di Oviedo, non permette che il consenso ai trattamenti sanitari sia prestato dall'amministratore di sostegno, in totale sostituzione del beneficiario¹⁰⁷⁴. Ciò, anche in considerazione del fatto che la legge n. 6/2004 non estende all'amministratore di sostegno l'applicazione dell'art. 357 c.c., che attribuisce al tutore i compiti di curare la persona del minore e di rappresentarlo "in tutti gli atti civili", tra cui anche il consenso ai trattamenti sanitari¹⁰⁷⁵. Dunque, secondo il giudice, la richiesta di nominare un amministratore di sostegno per sostituire il paziente nella manifestazione del consenso informato deve essere respinta perché "se si ritenesse sussistente una residua capacità del paziente e la ricorrenza dei presupposti per l'amministrazione di sostegno, l'amministratore nominato, in ipotesi di contraria volontà del paziente, non potrebbe comunque prestare un valido consenso ai

¹⁰⁷² G. M. Vergallo, op. cit., 157 ss.

¹⁰⁷³ In proposito, la Corte cost., 19 gennaio 2007, n. 4, in www.giurcost.org, ha chiarito che è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dei novellati artt. 407 e 410 c.c. in relazione agli artt. 2 e 3 Cost. Infatti, secondo la Corte, se è vero che tali disposizioni "non subordinano al consenso dell'interessato l'attivazione della misura dell'amministrazione di sostegno ed il compimento dei singoli atti gestionali, o comunque non attribuiscono efficacia paralizzante al suo dissenso in ordine a tale attivazione o al compimento di tali atti", è altrettanto evidente che il giudice tutelare deve sentire personalmente la persona cui il procedimento si riferisce e deve tenere conto "*compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei bisogni e delle richieste di questa*", art. 407, comma 2, c.c. Dunque, il giudice "ha anche il potere di non procedere alla nomina dell'amministratore di sostegno in presenza del dissenso dell'interessato", qualora ritenga, nell'ambito della propria discrezionalità, che tale dissenso sia "giustificato e prevalente su ogni altra diversa considerazione. Né la sottoposizione del rilievo del dissenso alla condizione della sua compatibilità con gli interessi e con le esigenze di protezione della persona integra la violazione dei parametri costituzionali denunciati, i quali, invece, sono in questo modo realizzati". Tuttavia, occorre precisare che tale pronuncia non riguardava un caso di consenso ai trattamenti sanitari; quindi, poiché nelle materie di rilevanza meramente patrimoniale è certamente più facile capire quale sia l'interesse della persona, sembra evidente che, a fronte di una richiesta di amministrazione di sostegno per il consenso ad un'operazione chirurgica, il giudice tutelare deve tenere in maggiore considerazione l'eventuale dissenso del paziente. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 157 ss.

¹⁰⁷⁴ G. M. Vergallo, op. cit., 157 ss.

¹⁰⁷⁵ G. M. Vergallo, op. cit., 157 ss.

trattamenti terapeutici e riabilitativi ipotizzati dal curante, in sostituzione e per conto del sig. (...) ¹⁰⁷⁶; per contro, se al sig. (...) non residuasse alcuna capacità e questi non fosse pertanto in grado di autodeterminarsi in ordine ai medesimi trattamenti, ciò comporterebbe la necessità di adozione della procedura di interdizione, essendo l'amministrazione di sostegno "inidonea a realizzare la piena tutela del beneficiario", *ex art. 413 c.c.* ¹⁰⁷⁷ La giurisprudenza prevalente, invece, è favorevole alla possibilità di estendere i poteri dell'amministratore di sostegno alla manifestazione del consenso informato ¹⁰⁷⁸. In proposito, il Tribunale di Modena, con decreto del 15 settembre del 2004, esaminando il ricorso presentato dai responsabili dei Servizi Sanitari che avevano segnalato la situazione di una persona che, affetta da "disturbo delirante cronico" e da una "forma grave di diabete", si trovava nella sostanziale impossibilità di provvedere alla propria salute ed anche ai propri interessi, e appurato l'assoluto dissenso del beneficiario di sottoporsi a qualsivoglia terapia di cura della propria salute, ha autorizzato l'amministratore di sostegno, ai sensi dell'art. 405, n. 3, " ad intraprendere tutte le iniziative che si renderanno necessarie al fine di attuare l'inserimento del beneficiario in una struttura protetta del circondario, ove lo stesso possa seguire le cure e le terapie, anche alimentari, assolutamente necessarie e vitali, ad esprimere, in nome e per conto del beneficiario, il consenso informato ai trattamenti terapeutici proposti dai medici, se ed in quanto richiesto e/o necessario, ovvero adottare tutti i provvedimenti urgenti necessari a tale scopo" ¹⁰⁷⁹. Occorre rilevare che in questo caso l'incapacità naturale del paziente non è stata desunta automaticamente dal suo rifiuto dei trattamenti sanitari, bensì dal suo stato clinico, dal quale emergeva un "evidente quadro di ideazione delirante con tematiche di grandezza con negazione della malattia diabetica al punto che dichiarava alimentarsi prevalentemente con miele di cui dimostrava numerosi contenitori" ¹⁰⁸⁰. Si conferma, così, che la nomina dell'amministratore di sostegno avviene con esclusivo riguardo alla cura della persona ¹⁰⁸¹; e dunque può ritenersi acquisito dall'ordinamento il principio per cui il "sostegno" non si limita alla sfera economico-patrimoniale, ma tiene conto dei bisogni e delle aspirazioni della persona, includendovi ogni attività della vita civile giuridicamente significativa" ¹⁰⁸². La soluzione è sufficientemente agevole nei casi di incapacità psichica assoluta, dove la

¹⁰⁷⁶ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 157 ss.

¹⁰⁷⁷ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 157 ss.

¹⁰⁷⁸ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 157 ss.

¹⁰⁷⁹ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 157 ss.

¹⁰⁸⁰ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 157 ss.

¹⁰⁸¹ G. M. Vergallo, *op. cit.*, 157 ss.

¹⁰⁸² Trib. Milano, 5 aprile 2007, in www.personaedanno.it. Si veda G. M. Vergallo, *op. cit.*, 157 ss.

sostituzione nella manifestazione del consenso opera pressoché automaticamente, non essendo il beneficiario in grado di esprimere una volontà cosciente circa la “cura” della propria persona¹⁰⁸³. Più delicata è la situazione in cui le alterazioni psichiche determinano incapacità critiche circoscritte ad alcuni ambiti dei rapporti tra la persona e le realtà, come accade in numerose patologie psichiatriche¹⁰⁸⁴. In tali circostanze, il criterio per un giudizio equilibrato e rispettoso dell’individuo e del suo fondamentale diritto di autodeterminazione sembra essere quello di sostituire la persona nel diritto di esprimere il consenso alla terapia medica esclusivamente nel caso in cui, acquisiti tutti gli elementi disponibili, anche di natura scientifica, si pervenga al convincimento che il dissenso non si fonda su una cosciente valutazione critica della situazione in essere e delle conseguenze del non provi rimedio¹⁰⁸⁵. In conclusione, con l’entrata in vigore della legge n. 6 del 2004, è possibile dare adeguata copertura legale, anche in via d’urgenza *ex art. 405, comma 4, c.c.*, ad un intervento terapeutico a favore di qualsiasi persona non in grado di liberamente esprimere il suo consenso, ben al di là del possibile campo di applicazione degli artt. 51 e 54 c.p. e al di fuori della assai opinabile applicazione della teoria dell’ “adeguatezza sociale”¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸³ G. M. Vergallo, op. cit., 157 ss.

¹⁰⁸⁴ G. M. Vergallo, op. cit., 157 ss.

¹⁰⁸⁵ Trib. Modena, decreto 15 settembre 2004. Bisogna sottolineare come in tutte queste situazioni, il giudice tutelare possa avvalersi di un CTU *ex art. 407, 3° comma, c.c.* e debba essere quanto più possibile rispettoso non solo delle indicazioni del beneficiario, *407, 2° comma, c.c.*, ma anche di quelle dei familiari conviventi, nella prospettiva del maggior coinvolgimento nella decisione. Si veda G. M. Vergallo, op. cit., 157 ss.

¹⁰⁸⁶ G. M. Vergallo, op. cit., 157 ss.

5. CONFERME A LIVELLO GIURISPRUDENZIALE E NORMATIVO IN MATERIA DI “CONSENSO INFORMATO”: IN PARTICOLARE, LA RECENTE ORDINANZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, N. 11112 del 2020 PER RESPONSABILITÀ CIVILE DEL MEDICO

Oltre ai riferimenti alla legislazione ordinaria come l'art. 1 della Legge n. 180 del 1978 in tema di “*Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*” e la l. n. 833 del 1978, articolo 33, in tema di “*Istituzione del servizio sanitario nazionale*”, vanno presi in considerazione alcune fonti sovranazionali, già menzionate, tra cui l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, gli artt. 5 e 6 della Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani approvata dall'Unesco e la Convenzione delle Nazioni Unite per la tutela dei diritti delle persone con disabilità entrata in vigore il 3 marzo 2008¹⁰⁸⁷. Un ruolo centrale è rivestito, come già affermato, dal codice deontologico che, all'articolo 35, comma 1, statuisce che “*il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente*” e si chiarisce che “*il medico deve attenersi, nell'ambito della autonomia e indipendenza che caratterizza la professione, alla volontà liberamente espressa dalla persona di curarsi e deve agire nel rispetto della dignità, della libertà e autonomia della stessa*”, ex art. 38, comma 1, e che “*se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà, deve tenere conto nelle proprie scelte di quanto precedentemente manifestato dallo stesso in modo certo e documentato*”, di cui al comma 3 del medesimo articolo¹⁰⁸⁸. Con riferimento all'ipotesi di pazienti incapaci viene sancito che “*il medico deve intervenire, in scienza e coscienza, nei confronti del paziente incapace, nel rispetto della dignità della persona e della qualità della vita, evitando ogni accanimento terapeutico, tenendo conto delle precedenti volontà del paziente*”, ex art. 35, comma 5, e nell'art. 37 si prevede che “*allorché si tratti di minore o di interdetto il consenso agli interventi diagnostici e terapeutici, nonché al trattamento dei dati sensibili deve essere espresso dal rappresentante legale*”, ed “*il medico, nel caso in cui sia stato nominato dal giudice tutelare un amministratore di sostegno, deve debitamente informarlo e tenere nel massimo conto le sue istanze*”¹⁰⁸⁹. In caso di opposizione da parte del legale rappresentante al trattamento necessario e indifferibile a favore di minori o di incapaci,

¹⁰⁸⁷ Si veda C. Cupelli, op. cit., 80 ss.; G. M. Vergallo, op. cit., 157 ss.

¹⁰⁸⁸ C. Cupelli, op. cit., 80 ss.

¹⁰⁸⁹ C. Cupelli, op. cit., 80 ss.

“il medico è tenuto a informare l’autorità giudiziaria”; se vi è pericolo per la vita o grave rischio per la salute del minore o dell’incapace, *“il medico deve comunque procedere senza ritardo secondo necessità alle cure indispensabili”*. Anche la Corte costituzionale si è espressa in due sentenze sulla natura e sul contenuto dei due articoli 13. e 32 Cost.¹⁰⁹⁰ Nella sentenza n. 282 del 2002 essa riconosce che *“la pratica terapeutica si pone all’incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell’arte medica; e quello di essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica, diritto questo che l’art. 32, comma 2, secondo periodo, Cost. pone come limite invalicabile anche ai trattamenti sanitari che possono essere imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica”*¹⁰⁹¹. Questi diritti, e il confine fra gli stessi, *“devono sempre essere rispettati, e a presidiarne l’osservanza in concreto valgono gli ordinari rimedi apprestati dall’ordinamento, nonché i poteri di vigilanza sull’osservanza delle regole di deontologia professionale, attribuiti agli organi della professione”*¹⁰⁹². La sentenza n. 438 del 2008 sottolinea come *“la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello di autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all’art. 32, secondo comma, della Costituzione”*; da ciò deriva che *“il consenso informato deve essere considerato un principio fondamentale in materia di tutela della salute, la cui conformazione è rimessa alla legislazione statale”*¹⁰⁹³. Alcuni

¹⁰⁹⁰ C. Cupelli, op. cit., 80 ss.

¹⁰⁹¹ C. Cupelli, op. cit., 80 ss.

¹⁰⁹² C. Cupelli, op. cit., 80 ss.

¹⁰⁹³ In quest’ultima sentenza, come osserva R. Balduzzi-D. Paris, con note, *“Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative”*, in *Foro.it*, 2009, I, c. 1328 ss., la Corte afferma per la prima volta *“l’esistenza di un autonomo diritto all’autodeterminazione in ordine alla propria salute, distinto dal diritto alla salute stesso”*. Gli elementi di novità sono: *“nell’aver parlato di un diritto all’autodeterminazione specificamente in relazione ad un diritto alla salute”*; *“nell’adombrare la possibilità di configurare il prospettato diritto all’autodeterminazione come diritto distinto dal diritto alla salute, il che lascerebbe pensare ad un ambito di applicazione più ampio di quello del diritto alla salute”*; nell’aver posto *“l’accento sulla libertà di (“scegliere, secondo l’articolo 13 Cost.) e non sulla libertà da (i trattamenti sanitari, ex art. 32, comma 2 Cost.)”*. Si veda C. Cupelli, op. cit., 80 ss.

noti casi vedono il ruolo decisivo assunto dalla volontà del paziente come: a) la necessità di rispettare il rifiuto dalle emotrasfusioni opposto dai testimoni di Geova per motivi religiosi; b) il divieto di procedere ad alimentazione forzata dei detenuti in sciopero della fame; la legittimità del rifiuto da parte del paziente di essere sottoposto all'intervento chirurgico di amputazione di un arto in cancrena; alcuni provvedimenti emessi dai Giudici tutelari che hanno adattato la misura dell'amministrazione di sostegno all'esigenza di nominare, su richiesta di interessati ancora in condizioni di intendere e di volere, un amministratore di sostegno con l'attribuzione del potere-dovere di negare, in nome e per conto dell'interessato, l'autorizzazione a determinati trattamenti sanitari, nel momento o nel caso in cui non fossero più stati in grado di provvedervi autonomamente¹⁰⁹⁴. Un discorso a parte, dato che non è questa la *sedes materiae*, meritano le pronunce relative alla rilevanza penale del c.d. trattamento medico arbitrario, che comprende non solo le ipotesi in cui manchi il consenso, ma anche quelle in cui sia invalido perché disinformato o prestato per un diverso intervento rispetto a quello effettivamente eseguito¹⁰⁹⁵. Da ultimo nell'ambito della responsabilità sanitaria, merita di essere evidenziata la recente ordinanza della Corte di Cassazione, Sez. III civile, n. 11112 del 2020, depositata in cancelleria il 19/06/2020, in materia di "consenso informato"¹⁰⁹⁶. In questa occasione il giudice ha avuto modo di delineare le condizioni per ottenere il risarcimento dei danni causati da mancanza del consenso all'intervento, nel caso di condotta non colposa del medico. Nel caso in esame, la decisione ha specificamente confermato che in presenza di un atto terapeutico necessario e correttamente eseguito in base alle "regole dell'arte", ove manchi un'adeguata informazione al paziente, il medico può essere chiamato a risarcire il danno alla salute solo se il paziente dimostri che, ove compiutamente informato, egli avrebbe verosimilmente rifiutato l'intervento, ovvero avrebbe ottenuto la necessaria preparazione per affrontare il periodo post-operatorio, accettandone le eventuali conseguenze e sofferenze. La vicenda risolta dalla Cassazione riguardava un'azione risarcitoria promossa da una paziente, avverso la struttura e il sanitario che l'avevano operata. Nel caso specifico, l'intervento chirurgico eseguito presso il polo universitario della Capitale era stato condotto dal chirurgo nel pieno rispetto delle *leges artis*, ma senza che fosse stato in precedenza correttamente acquisito il consenso informato della

¹⁰⁹⁴ C. Cupelli, op. cit., 80 ss.

¹⁰⁹⁵ C. Cupelli, op. cit., 80 ss.

¹⁰⁹⁶ Si veda www.altalex.com, ordinanza n. 11112/2020, con commento di Angelo Forestieri, pubblicato il 28/07/2020.

paziente. Quest'ultima, infatti, eccepiva di non aver ricevuto le necessarie informazioni in merito alla natura dell'intervento praticato, alle complicanze prevedibili e non prevenibili ed alle alternative terapeutiche concretamente praticabili. Per tali fatti, sia il Tribunale di Roma che la Corte d'Appello di Roma condannavano i convenuti al risarcimento del danno. La Corte d'Appello procedeva quindi alla liquidazione equitativa del danno riconoscendo gli importi che la paziente avrebbe avuto diritto a conseguire ove fosse stato liquidabile, in suo favore, un risarcimento per la lesione del diritto alla salute e "correggendo" l'entità degli importi con una riduzione del 20%. Nella specie, secondo la Suprema Corte, la paziente aveva maturato unicamente i presupposti per il riconoscimento, in proprio favore, del diritto al risarcimento del solo danno non patrimoniale per la lesione della libertà di autodeterminazione terapeutica. Inoltre, la censura mossa alla Corte territoriale è stata quella di non aver proceduto correttamente alla liquidazione del danno, per aver liquidato, a titolo di risarcimento del danno da lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica, un importo parzialmente coincidente a quello dovuto a titolo di danno biologico e a titolo di danno patrimoniale, ossia con l'importo che sarebbe spettato alla danneggiata a titolo di lesione del diritto alla salute. La Cassazione accoglie il ricorso e cassa la sentenza impugnata, rinviando alla Corte d'appello territoriale per la corretta rideterminazione del danno effettivamente derivato alla paziente a seguito della lesione del proprio diritto ad autodeterminarsi. La Suprema Corte, con l'ordinanza sopra richiamata, ritiene sussistente, in favore della paziente, il solo diritto al risarcimento del danno non patrimoniale per la lesione della libertà di autodeterminazione terapeutica, sia pur ribadendo l'astratta capacità plurioffensiva dell'omissione informativa. È, infatti, possibile, come affermato già dalla decisione n. 28985 del 2019 della stessa Sezione, che ***“anche l'inadempimento dell'obbligazione avente ad oggetto la corretta informazione sui rischi-benefici della terapia venga ad inserirsi nei fattori “concorrenti” della stessa serie causale determinativa del pregiudizio alla salute, dovendo pertanto riconoscersi alla omissione informativa un'astratta capacità plurioffensiva”***. Pertanto, fermo il riconoscimento del danno dovuto alla lesione del diritto all'autodeterminazione, ove l'atto terapeutico non sia stato preceduto dalla preventiva informazione esplicita del paziente circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli non imprevedibili, può essere riconosciuto il risarcimento delle conseguenze dannose derivanti dalla lesione del diritto alla salute. Tanto precisato, la manifestazione del consenso della paziente alla prestazione sanitaria, costituisce esercizio di un autonomo diritto soggetto

all'autodeterminazione, proprio della persona, che, se pur connesso, deve essere tenuto distinto dal diritto alla salute, ossia dalla situazione giuridica soggettiva relativa alla propria integrità psico-fisica. Sul punto, la Corte richiama il consolidato orientamento secondo cui l'omessa informativa al paziente assume diversa rilevanza causale, a seconda che sia dedotta la violazione del diritto all'autodeterminazione oppure la lesione del diritto alla salute. Nel primo caso, l'omessa o insufficiente informazione preventiva è in relazione causale diretta con la compromissione dell'interesse giuridico del paziente a compiere in piena autonomia una valutazione complessiva dei costi-benefici dell'intervento, non soltanto in relazione al risultato terapeutico ma anche in relazione alla durata della riabilitazione, al perdurare o il riprodursi di sofferenze dovute ai postumi, all'accettazione di eventuali mutamenti irreversibili delle condizioni di vita. Nel secondo caso, l'incidenza eziologica del deficit informativo, sul risultato pregiudizievole dell'atto terapeutico correttamente eseguito, dipende dall'opzione che il paziente avrebbe esercitato se fosse stato adeguatamente informato, ed è configurabile soltanto in caso di presunto dissenso. Infatti solo in caso di presunto dissenso, il risultato poi verificatosi non si sarebbe potuto realizzare, stante il rifiuto opposto dal paziente; in questi casi l'inadempimento assume quindi rilevanza causale sul risultato pregiudizievole. Per concludere, relativamente al riparto dell'*onus probandi*, ove il paziente debitamente informato rifiuti di sottoporsi al trattamento sanitario, l'atto medico successivo, ancorchè non erroneo, viene a palesarsi come lesione personale arrecata *contra legem* e l'effetto negativo per la salute scaturente viene a costituire danno conseguenza riferibile *ab origine* alla violazione dell'obbligo informativo. È, quindi, possibile riconoscere anche un risarcimento del danno alla salute qualora l'atto terapeutico, necessario e correttamente eseguito *secundum legem artis*, non sia stato preceduto dalla preventiva informazione esplicita del paziente circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli non imprevedibili. Tuttavia, l'allegazione dei fatti dimostrativi dell'opzione "a monte" che il paziente avrebbe esercitato, viene, quindi, a costituire elemento integrante dell'onere della prova del nesso eziologico tra l'inadempimento e l'evento dannoso, che in applicazione dell'ordinario criterio di riparto *ex art. 2697 c.c.* compete al paziente danneggiato. Conseguentemente, dovrà essere il paziente ad allegare e dimostrare, anche in via presuntiva, che qualora fosse stato correttamente informato, avrebbe rifiutato di sottoporsi a detto intervento, ovvero avrebbe vissuto il periodo successivo ad esso con migliore e più serena predisposizione ad accettarne le eventuali conseguenze e sofferenze. Nel caso esaminato, alla Corte non era dato

conoscere in quale modo le circostanze omesse avrebbero certamente condotto la paziente ad una diversa valutazione. Dunque, sulla base di queste considerazioni, con riguardo agli importi liquidabili a titolo risarcitorio, vanno distinte le due ipotesi: con riferimento alla violazione del diritto all'autodeterminazione, la liquidazione avverrà sul piano puramente equitativo, mentre la lesione del diritto alla salute, se considerata in relazione causale con la condotta, poiché in presenza di adeguata informazione l'intervento non sarebbe stato eseguito, sarà da valutarsi la situazione differenziale tra il maggiore danno biologico conseguente all'intervento e il preesistente stato patologico invalidante del soggetto¹⁰⁹⁷. Pertanto, si procederà a sottrarre dal valore monetario dell'invalidità complessivamente accertata quello corrispondente al grado di invalidità preesistente, fermo restando l'esercizio del potere discrezionale del giudice di liquidare il danno in via equitativa secondo la c.d. equità giudiziale correttiva od integrativa, ove lo impongano le circostanze del caso concreto¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁷ Vi è il richiamo al consolidato insegnamento della Corte, secondo cui il calcolo del danno differenziale va operato stimando, prima in punti percentuali, l'invalidità complessiva e, poi, quella preesistente all'illecito, convertendo entrambe le percentuali in una somma di denaro. Si veda www.altalex.com, ordinanza n. 11112/2020.

¹⁰⁹⁸ Si veda www.altalex.com, ordinanza n. 11112/2020.

CAPITOLO III

LA RESPONSABILITÀ PENALE NELL'ATTIVITÀ MEDICO-PSICHIATRICA

1. ESISTE LA NORMALITÀ?: RICOSTRUZIONE DEL SIGNIFICATO DI “MALATTIA” ATTRAVERSO LA CATEGORIA CONCETTUALE DELLA “NORMALITÀ”

L'intraprendere, con prudenza e coraggio, la trattazione di una tematica delicata – che in questo capitolo, dopo un lungo ed articolato sviluppo, raggiunge il suo acme –, tracciandone le linee principali, richiede una premessa in partenza: con l'espressione di “immagine dominante della normalità” non si intende né attaccare il concetto generale di norma, né il significato, che, al contrario, deve essere salvaguardato di “benessere fisico e psichico”, cioè della piena utilizzazione delle capacità umane¹⁰⁹⁹. Piuttosto si vuole attaccare la falsa normalità imposta dal nostro sistema sociale. Contrariamente a ciò che può sembrare logico¹¹⁰⁰ a prima vista, il concetto di “malattia” o “disturbo”, nel caso di specie mentale, non si comprende per differenza (o per contrapposizione)¹¹⁰¹ rispetto al concetto di normalità. Normalità non è, evidentemente, salute, nel senso che non è uno “stato di benessere completo, fisico, mentale e sociale”, ma qualcosa di molto più limitato: trova fondamento, ormai nella società odierna, il sospetto che il prezzo della normalità sia il “conformismo sociale”, e che essa significhi la sclerosi, l'ossificazione delle personali possibilità umane¹¹⁰². Il normale è forse quell'invalido che, non sapendo di essere tale, si ritiene sufficientemente fortunato, non dà fastidi a chi detiene il potere, produce e consuma; oppure è chi gode di tanti privilegi da non curarsi

¹⁰⁹⁹ G. Jervis, “ *Manuale critico di psichiatria*”, Milano, 1975, 194 ss.

¹¹⁰⁰ Tuttavia anche la logica ha le sue contraddizioni. G. Jervis, op. cit., 194 ss.

¹¹⁰¹ Anche qui si potrebbe trovare una applicazione del principio platonico-aristotelico di “non contraddizione”, affermando che se un soggetto X non è normale (indichiamo il concetto di “normale” o “normalità” simbolicamente con la lettera “n”, dunque X non è uguale a n) non necessariamente questo è malato (indichiamo simbolicamente il concetto di “malato” o “malattia” con la lettera “m”, dunque X è uguale a m), ovvero il suo opposto, ma può essere ed è “altro”, “diverso” da altri che come lui appartengono alla realtà empirica, il quale si manifesta in una delle potenziali e molteplici forme della “normalità”.

¹¹⁰² G. Jervis, op. cit., 194 ss.

delle piccole difficoltà psicologiche e materiali che incontra nella vita quotidiana¹¹⁰³. Infatti, è lecito sostenere che la normalità psicologica non è altro se non un aspetto della normalità sociale, cioè dello *status quo*, così come la anormalità psicologica è una forma particolare della devianza¹¹⁰⁴. La normalità psicologica è effetto del continuo tentativo del potere di mantenere i propri privilegi mediante una “normalizzazione sociale”: cioè in pratica è la non-percezione individuale dei conflitti esistenti nella società, e dunque, anche la continua normalizzazione di se stessi, la costruzione di un ruolo, e di una immagine di sé, che non debbono uscire da certi limiti e devono essere funzionali ai valori sociali dominanti. Ciò implica fra l’altro una riduzione dei propri bisogni ai “modelli di bisogno” imposti, ma anche lo sforzo di adesione attiva a un dato “modello di normalità”¹¹⁰⁵. L’immagine di normalità come “normalità ideale”, cioè come modello a cui conformarsi è qualcosa di più complesso di quanto non sia la normalità come semplice assenza di disturbo. Anche essa è un modello di normalità, che potrebbe essere definito come “primo modello di normalità”: ma è ancora un modello povero, perché definito “per negativo”, come ho prima accennato. In pratica, siamo tutti esortati ad essere “normali”, ubbidendo alle leggi, onorando il padre e la madre, vestendoci come richiede la nostra condizione sociale, seguendo gli svaghi e le abitudini del nostro ambiente, comportandoci in modo calmo e sensato, e così via¹¹⁰⁶. La normalità viene prescritta come una serie variabile, a seconda delle classi, di “codici di comportamento”, ma essa viene proposta anche come modello universale, sotto l’egida generale del conformismo: è un invito personale alla ubbidienza ed alla mediocrità. Di fronte a tutto ciò, il gesto ed il pensiero “fuori dall’ordinario” e “folli” acquistano il valore di verità, se non altro perché negano il conformismo, l’ipocrisia, la stupidità ed il pregiudizio di chi chiama “malattia” qualcosa che non capisce¹¹⁰⁷. Gli atti “folli” si contrappongono dunque idealmente alla ubbidienza, alla crudeltà ed alla morte che caratterizzano la “sana” ed efficiente tecnologia del mondo capitalista contemporaneo. Il folle dimostra, dunque, la possibilità di “essere diversi”, la presenza di fratture nella continuità dell’ordine sociale dominante, ma non fornisce un modello efficace e generalizzabile di diversità: di fatto, la sua sofferenza ed il suo “destino negativo”, assecondando la volontà del potere dominante, rappresentano l’esempio del “tentativo

¹¹⁰³ G. Jervis, op. cit., 194 ss.

¹¹⁰⁴ G. Jervis, op. cit., 194 ss.

¹¹⁰⁵ G. Jervis, op. cit., 194 ss.

¹¹⁰⁶ G. Jervis, op. cit., 194 ss.

¹¹⁰⁷ G. Jervis, op. cit., 194 ss.

fallito” di rivolta contro la normalità¹¹⁰⁸. È lecito supporre che disturbo e normalità siano due facce della stessa medaglia, due aspetti indissolubili ed “artificiosamente” separati di una stessa realtà sociale che ci viene presentata come l’unica possibile. Siamo, così, invitati ad attenerci a “questa”, una soltanto delle tante forme esistenti, normalità, se non vogliamo correre il rischio di cadere nei disturbi mentali, ma non ci viene detto che forse è proprio questa normalità a portare con sé, indissolubilmente, il disturbo, né ci viene detto che forse esistono altre realtà sociali possibili e anche altri modi di porsi di fronte alla realtà attuale, che non sono né la follia, né il modo di essere normali al quale siamo insistentemente invitati¹¹⁰⁹. Un altro sinonimo di conformismo, di mediocrità, è rappresentato dal concetto di “integrazione”: lo scopo non è quello di “levare il sintomo”¹¹¹⁰, e neppure quello di creare un individuo, soltanto ubbidiente, ma piuttosto di costruire un individuo che sia felicemente integrato con sé stesso, ma anche entusiasta, efficiente, produttivo, dotato di iniziativa ed immaginazione, spontaneo, sereno e “liberato”. Questo individuo deve essere capace non soltanto di vivere “bene” con gli altri, ma deve saper portare un contributo nuovo, autorevole, e anche “creativo”, entro certi limiti, nel suo gruppo sociale¹¹¹¹. Questa concezione di “normalità” contrasta in apparenza con l’idea “per negativo” o “limitata” di una normalità concepita sia come assenza di disturbo, sia come ubbidienza e sacrificio. Anzi, arricchisce e completa le immagini più rozze e limitate della normalità, basandosi sulla fiducia che l’individuo “liberato” sappia fare le scelte “giuste”, ma altro non è che una richiesta/imposizione di adesione attiva agli ideali della classe dominante¹¹¹². La società in cui viviamo, frutto del capitalismo introdotto dalla storica classe della borghesia, vive attraverso, e fa vivere in ognuno di noi, la cosiddetta “falsa coscienza”, ossia, in primo luogo, una “non coscienza” della realtà, o come coscienza parcellare o deformata, che diventa falsa nel momento in cui si razionalizza secondo la visione del mondo che il potere dominante diffonde, “sistematizza”, a tutto il contesto sociale: la falsa coscienza è la normalità dominante che il capitalismo ha introdotto per determinare un “modo di vivere” nella struttura economica unificata, coincidente sostanzialmente con la “struttura della coscienza”¹¹¹³. Essa è data, innanzitutto, dal modo in cui ogni individuo acquista stabilità, ciò che Freud chiamava “l’apparato psichico”, ovvero l’equilibrio fra Io

¹¹⁰⁸ G. Jervis, op. cit., 194 ss.

¹¹⁰⁹ G. Jervis, op. cit., 194 ss.

¹¹¹⁰ Raramente la “cura” viene concepita in questo modo. Si veda G. Jervis, op. cit., 194 ss.. Jervis, op. cit.

¹¹¹¹ G. Jervis, op. cit., 194 ss.

¹¹¹² G. Jervis, op. cit., 194 ss.

¹¹¹³ G. Jervis, op. cit., 194 ss.

cosciente, spinte istintuali, esigenze morali personali. Ed anche dal “modo di vedere il mondo” e dalle “idee” su se stessi e sul mondo¹¹¹⁴. Il suo contenuto, continuo ed uniforme, è rappresentato dall’educazione e, quindi, dalla famiglia: disciplina, senso di responsabilità, risparmio, produttività, creatività guidata, immaginazione secondo i piani del capitalismo. “Falsa” nella misura in cui è tale da impedire una presa di coscienza della natura della società capitalista: ogni aspetto di questo sistema è “storicamente determinato”, cioè legate alle esigenze del capitale, e “falsamente” presentato come “naturalmente dato”, cioè come parte di un paesaggio meccanico immutabile¹¹¹⁵, come qualcosa che “è lì perché non potrebbe non esserci”, che non può essere messo in discussione. Allora feticcio diventa ogni relazione fra esseri umani. Ciascuno di noi è parte di questo sistema come un “dato isolato”, “separato” dall’insieme, per cui ci è impossibile la sua comprensione. Nella netta separazione tra “tempo libero” e “lavoro”, i due momenti che si alternano nella vita di ciascuno, si struttura la quotidianità universale ed accade che, nel lavoro, ci si aliena, non ci si riconosce, non ci si sente noi stessi, mentre, nel tempo libero, ci vendiamo ad un sistema di gratificazioni individuali in cui, “falsamente”, ci riconosciamo¹¹¹⁶. Queste “falsità” della vita si traducono in “falsi bisogni”, paradossalmente, del “normale”, e del “disturbato”, da non concepire, come ho ricordato, come opposto al “sano”, ma come “altro”: la stessa follia è espressione di un bisogno, cioè di una contraddizione drammatica che va al di là del caso del singolo individuo, e che chiede di essere risolta¹¹¹⁷. Questa “presa di coscienza” dei bisogni è una via di uscita sia dalle illusioni della “normalità”, sia dalle sofferenze psicologiche che le accompagnano. Per bisogno si intende la fonte oggettiva della sofferenza per “mancanza” di un bene necessario agli scopi della vita. Se esso è accompagnato dall’insoddisfazione e vi è un bene che possa estinguerla allora il bisogno si esprime come desiderio, questo l’aspetto soggettivo del bisogno, in quanto emozione e tensione verso uno scopo¹¹¹⁸. Spesso il bisogno esiste oggettivamente, senza che vi sia piena e pertinente coscienza di esso: a volte esso può non essere avvertito solo perché nascosto da altri bisogni, non necessariamente vitali per l’organismo, come, per esempio, una persona, che essendo stanca, digiuna e nervosa, come può accadere nel mezzo di un viaggio disagiato ed avventuroso, cerca le sigarette

¹¹¹⁴ G. Jervis, op. cit., 194 ss.

¹¹¹⁵ G. Jervis, op. cit. 194 ss.

¹¹¹⁶ G. Jervis, op. cit., 194 ss.

¹¹¹⁷ G. Jervis, op. cit., 194 ss.

¹¹¹⁸ G. Jervis, op. cit., 194 ss.

per vincere vertigine e debolezza¹¹¹⁹. Ma i bisogni più complessi ed oggetto della discussione, quelli propri della “falsa coscienza”, sono quelli “reificati”, sociali¹¹²⁰. La società che abitiamo gioca con la tendenza a confondere bisogno e desiderio, cioè a confondere il bisogno con la consapevolezza del medesimo, che sul piano psicologico causa l’illusione di sapere sempre “di cosa si ha bisogno”; sul piano sociale, questa tendenza corrisponde alla immagine confortante, ma falsa e reazionaria, di una generica disponibilità di beni atti ad appagare tutti i bisogni. Tutti noi siamo caratterizzati da bisogni “naturalisti” ed “oggettivi”, e questo non può essere negato¹¹²¹. Tuttavia vi è una soglia a partire dalla quale ha inizio il loro “modellamento sociale”, cioè vengono plasmati da abitudini e convenzioni. I bisogni “sociali” sono “radicali”, apparentemente non vincolati immediatamente ai bisogni del corpo; sono tali ad esempio il bisogno di libertà, uguaglianza, il bisogno di giustizia, di conoscenza, ecc. Essi pur essendo storici, cioè non esistenti *a priori*, hanno qualcosa di costante: non calano dall’alto, ma nascono dalla prassi, cioè si definiscono nel definirsi dell’uomo attraverso la storia di generazioni, ed il procedere della lotta di classe¹¹²². La loro stessa definizione è quindi storica, non assoluta. L’unica verifica e misura di questi bisogni, dettati da una ideologia pragmatista, a supporto dello *status quo*, si configura nel loro prevalere, e non nella loro universalità, cioè si rendono evidenti rispetto ad altri con forza, secondo la richiesta dominante nella collettività: dunque, essi sono elaborati, definiti e diffusi dalla classe dominante¹¹²³. Allora, vale la pena asserire che, in questa “*fictio/fictiones societatis*”, paradossalmente, nella crescita di ogni singolo individuo si nota un incremento di bisogni: da quelli fisiologici elementare del bambino, che progressivamente vengono ignorati e trascurati, a quelli storicizzati, tipici dell’adulto, che sono diventati sempre più complessi per via dello sviluppo tecnologico, scientifico e della diffusione della cultura, ed ambiziosi e numerosi¹¹²⁴. Ma qui si coglie l’ambiguità storica: l’uomo moderno “ricco di bisogni sviluppati ed evoluti”, al contrario, è espressione e prodotto di profondi carenze, inappagamenti e ritardo continuo nel rispondere ai bisogni elementari per appagare quelli “superiori”. Altro modo per chiamare questa falsa coscienza è quello di “soggettività alienata”¹¹²⁵. Generalmente per soggettività si intende il modo, personale e collettivo, di sentire la situazione ed i

¹¹¹⁹ G. Jervis, op. cit., 194 ss.

¹¹²⁰ G. Jervis, op. cit., 194 ss.

¹¹²¹ G. Jervis, op. cit., 194 ss.

¹¹²² G. Jervis, op. cit., 194 ss.

¹¹²³ G. Jervis, op. cit., 194 ss.

¹¹²⁴ G. Jervis, op. cit., 194 ss.

¹¹²⁵ G. Jervis, op. cit., 194 ss.

problemi, che ha valore solo nella misura in cui prende forma in una consapevolezza della situazione storica, in una possibilità di lucida spiegazione, articolata e comunicabile di essa¹¹²⁶. Allora rispetto alla prima questa si contrappone, dato che il “modo di sentire” dell’uomo moderno è informe, inconsapevole, proprio di chi soffre senza piena consapevolezza dei propri bisogni, o di chi sente un impulso vivo e pressante al rinnovamento ed alla ribellione, essendo tuttavia privo di una reale ed articolata coscienza della situazione, così come di un concreto programma di azione¹¹²⁷. La verità, allora, è che la soggettività, fatta principalmente di irrazionalità, di spontaneità, che si alimenta di spinte affettive, emotive, di sentimenti come l’indignazione, la speranza, l’odio, la dedizione, e non solo razionale e meccanica, è stata svuotata del suo significato originario, per divenire oggettiva¹¹²⁸. Ci insegna il Freud degli anni Trenta, fondatore della psicoanalisi, che la “civiltà” è basata sulla parziale rinuncia al piacere: l’individuo apprende nell’infanzia, attraverso l’educazione, a reprimere il proprio desiderio di godere “tutto e subito”, e utilizza l’energia vitale così risparmiata per lavorare e produrre¹¹²⁹. La spinta istintiva viene incanalata secondo fini socialmente utili; il rinvio della propria soddisfazione personale, e la subordinazione di quest’ultima alle necessità di convivenza sociale, costituiscono la base dell’accumulazione del sapere e della ricchezza. Presiede a ciò la coscienza e la ragione dell’individuo, che media fra esigenze di repressione poste dalla società, e le proprie spinte istintuali¹¹³⁰. Dunque, sarebbe “estraneo” ed una minaccia per il “sistema” colui che si abbandona alla spinta di libertà ed all’insubordinazione, al piacere, alla ribellione ai fini del mutamento sociale, e con chiarezza, coraggio, tenacia ed odio si lotta efficacemente contro il sistema¹¹³¹. All’opposto, la convinzione dell’illegittimità del godimento fisico, la sensazione di non liceità delle spinte vive alla violenza e all’amore, e quindi il conformismo, la repressione disciplinata e fredda dell’agire, sono il meccanismo psicologico che castra in radice l’energia necessaria per rivoltarsi contro il sistema, ma, soprattutto, maschera la percezione dell’ingiustizia, soffocando l’originalità e la dissidenza del pensiero, inibisce l’assunzione di responsabilità imprevedute, blocca il coraggio per la discontinuità e la rivolta¹¹³². Tuttavia la repressione è seducente, ha i suoi aspetti consolanti e gradevoli; dà sicurezza, fornisce motivazioni

¹¹²⁶ G. Jervis, op. cit., 194 ss.

¹¹²⁷ G. Jervis, op. cit., 194 ss.

¹¹²⁸ G. Jervis, op. cit., 194 ss.

¹¹²⁹ G. Jervis, op. cit., 194 ss.

¹¹³⁰ G. Jervis, op. cit., 194 ss.

¹¹³¹ G. Jervis, op. cit., 194 ss.

¹¹³² G. Jervis, op. cit., 194 ss.

“civili” per la propria vita, permette di prevedere un futuro stabile per sé ed i figli; essa è durata, garanzia, routine, misura, buon senso¹¹³³. “Normalità” è tutto ciò che può essere “in scatolato”, come l’Eros, istituzionalizzato all’interno della genitalità “privata”, monogamica, “normalmente” eterosessuale, e procreativa e, dall’altra parte, impoverito, ridotto ad una concezione consumistica, inteso come sfogo, vacanza, evasione, oblio, e reso oggetto di “alienazione”, come il proprio corpo, che è divenuto uno strumento di lavoro e di consumi¹¹³⁴. L’impossibilità a riconoscersi nel proprio corpo determina la rimozione della visceralità e, dunque, dei sentimenti dell’odio, dell’amore, dell’entusiasmo, e della dedizione, castrati e negati: la vita quotidiana diventa meccanica, sterile, priva di fantasia¹¹³⁵. Alla luce di questa analisi, presumo che sia stata posta in serio dubbio non solo la distinzione tradizionale tra il “normale”, se lo sia davvero, colui che è conforme al sistema ed il “folle”, l’*extraneus* al sistema, ma anche l’esistenza delle stesse categorie concettuali che presuppongono una componente soggettiva, psicologica, che sembra mancare¹¹³⁶.

2. DEFINIZIONE SOCIOLOGICA E TECNICO-SCIENTIFICA DI “DISTURBO MENTALE”

Questo concetto, che guiderà il prosieguo della trattazione, trova il suo fondamento nella sociologia. “Devianza” esiste sempre in relazione ad una “norma”¹¹³⁷. Nel suo significato proprio, devianza non significa eccezionalità, né indica ciò che “è fuor di misura” o “poco frequente”; e neppure coincide con l’idea di “inadeguatezza”¹¹³⁸. Il concetto di devianza comprende tutti questi concetti, ma soprattutto implica qualcos’altro, e cioè un “giudizio morale”. Devianza indica l’indesiderabilità sociale, indica l’opposizione di fatto al codice morale ed alle convenzioni dominanti¹¹³⁹. Il

¹¹³³ G. Jervis, op. cit., 194 ss.

¹¹³⁴ G. Jervis, op. cit., 194 ss.

¹¹³⁵ G. Jervis, op. cit., 194 ss.

¹¹³⁶ G. Jervis, op. cit., 194 ss.

¹¹³⁷ G. Jervis, op. cit., 67 ss.

¹¹³⁸ G. Jervis, op. cit., 67 ss.

¹¹³⁹ G. Jervis, op. cit., 67 ss.

concetto di devianza è quindi “normativo”: devianza è violazione di norme considerate “giuste”, “sane”, “moralì” e di interdizioni. Si deve parlare in primo luogo di “comportamento” deviante¹¹⁴⁰. Una persona deviante è quella alla quale vengono attribuiti comportamenti devianti più o meno stabili e tipici, tali da caratterizzarla di fronte al suo ambiente sociale, in quanto questo si fa espressione di norme che il deviante si trova a violare e quindi destina a lui delle sanzioni: la società prende formalmente o informalmente una serie di provvedimenti, generalmente di tipo punitivo, che mirano a riportare il deviante all’interno del comportamento normale, o a neutralizzare le azioni, o a emarginarlo più o meno radicalmente dal consorzio degli individui “normali”¹¹⁴¹. La definizione di ciò che è deviante varia a seconda delle culture, dei periodi storici, delle categorie sociali. Così come le norme sociali sono convenzionali, anche un comportamento è deviante non in funzione di principi universali, ma sulla base della volontà e del potere della classe egemone in un dato assetto societario. La classe dominante tende ad imporre all’intera società i modelli di comportamento che sono accettabili e quelli che sono interdetti, cioè da sottoporre a sanzione¹¹⁴². Comportamenti caratterizzati, a seconda delle società, da aggressività o mitezza, da rispetto della vita di gruppo o da isolamento, sono suscettibili di venire considerati a seconda delle culture come normali o come devianti, ed in quest’ultimo caso di venir interdetti con maggiore o minor forza¹¹⁴³. In un dato assetto societario, il codice della norma e della devianza è sempre strutturato in modo tale da favorire la stabilità dell’ordine sociale costituito. Anche l’identificazione fra soggetto deviante e comportamento deviante è variabile¹¹⁴⁴. Un individuo che abbia presentato un comportamento deviante, o al quale quest’ultimo venga attribuito come abituale, può essere più o meno facilmente etichettato e “marchiato”; in tal caso la attribuzione della devianza non riguarda più il singolo episodio comportamentale, ma si riferisce all’individuo in sé stesso¹¹⁴⁵. Si compie in tal caso un’inversione causale che ha particolare importanza in psicologia sociale. Invece di identificare il soggetto come deviante in conseguenza del suo comportamento, si considera il soggetto come se fosse deviante in tutto ed in primo luogo¹¹⁴⁶. La “devianza” gli viene attribuita come sua “essenza” naturale individuale: quindi tutti i suoi atti vengono considerati come

¹¹⁴⁰ G. Jervis, op. cit., 67 ss.

¹¹⁴¹ G. Jervis, op. cit., 67 ss.

¹¹⁴² G. Jervis, op. cit., 67 ss.

¹¹⁴³ G. Jervis, op. cit., 67 ss.

¹¹⁴⁴ G. Jervis, op. cit., 67 ss.

¹¹⁴⁵ G. Jervis, op. cit., 67 ss.

¹¹⁴⁶ G. Jervis, op. cit., 67 ss.

inevitabilmente impregnati di devianza¹¹⁴⁷. Questa dinamica del pregiudizio, che ha importanti affinità con la psicologia del razzismo, spiega buona parte degli atteggiamenti che ovunque prevalgono nei confronti delle persone considerate delinquenti, malate di mente, “drogate”, “sessualmente anormali”¹¹⁴⁸. In tutte le culture esiste una ideologia della devianza: cioè esistono delle idee, delle teorie, che tendono a giustificare la gestione repressiva della devianza. Il codice della devianza viene più facilmente imposto se il soggetto deviante viene punito come violatore di un ordinamento assoluto¹¹⁴⁹. Dunque, il deviante viene identificato come un malato o come un essere biologicamente anormale. Il codice della devianza si riferisce in questo caso ad una ideologia naturalistica¹¹⁵⁰. L’influenza del positivismo medico sulla psichiatria e sulla criminologia europea alla fine del secolo scorso ha contribuito ad accentuare questa tendenza, tanto da far sopravvivere ancor oggi concetti come quello del “delinquente per tendenza” o dello “psicopatico degenerato”¹¹⁵¹. Gli studi e le ricerche sociologiche moderne si sono occupati sia della devianza in genere, sia di alcune figure relative al fenomeno, come il pazzo, l’alcolista, il ricoverato in istituti psichiatrici. Le teorie prevalenti accentuano ad oggi l’importanza dei fattori sociali nella determinazione dei comportamenti etichettati come devianti: questo significa che fattori sociali e circostanze di vita sono responsabili di questi comportamenti¹¹⁵². La società industriale dell’Occidente è caratterizzata, a questo riguardo, da un insieme complesso e soprattutto contraddittorio di norme, per cui è difficile che esista anche un solo cittadino che non abbia violato nella sua vita i codici scritti e non scritti della moralità e dell’etica civile corrente¹¹⁵³. Dall’altro lato, la stragrande maggioranza degli individui non vengono mai puniti per i loro più o meno sporadici, ma spesso gravi, comportamenti antisociali; ben pochi poi vengono stigmatizzati in modo definitivo come “soggetti devianti” di fronte ai loro simili¹¹⁵⁴. Esiste la tendenza a identificare in modo chiaro e permanente solo taluni pochi soggetti, e non altri, come devianti, e quindi stigmatizzarli e a respingerli dal consorzio dei cittadini normali¹¹⁵⁵. Questi costituiscono “modelli di devianza”: sono stereotipi i ladri, le prostitute, i malati di mente, i vagabondi, gli

¹¹⁴⁷ G. Jervis, op. cit., 67 ss.

¹¹⁴⁸ G. Jervis, op. cit., 67 ss.

¹¹⁴⁹ G. Jervis, op. cit., 67 ss.

¹¹⁵⁰ G. Jervis, op. cit., 67 ss.

¹¹⁵¹ G. Jervis, op. cit., 67 ss.

¹¹⁵² G. Jervis, op. cit., 67 ss.

¹¹⁵³ G. Jervis, op. cit., 67 ss.

¹¹⁵⁴ G. Jervis, op. cit., 67 ss.

¹¹⁵⁵ G. Jervis, op. cit., 67 ss.

alcolisti, che sono stati creati dall'ordine societario capitalista che si definisce "normale", presentandoci questi come immagini negative, destini da evitare. Quindi, l'ordinamento sociale crea e mantiene i comportamenti devianti in una minoranza di soggetti e se ne serve per una serie di scopi: questi servono come capri espiatori; sono esempi e modelli educativi "per negativo", utilizzati dalla classe dominante¹¹⁵⁶. Il fatto che alcuni in individui stigmatizzati come devianti siano portatori di anormalità cromosomiche, o di gravi inferiorità fisiche, o di lesioni cerebrali, di psicosi o di postumi di psicosi non autorizza a considerare il concetto di devianza come analogo o sovrapponibile al concetto di malattia¹¹⁵⁷. Anche se fattori di competenza medica o più genericamente biologica possono avere talora molta importanza nel formare i comportamenti giudicati devianti, ma è altresì vero che nella maggioranza dei casi questi comportamenti compaiono al di fuori di qualsiasi causa medica e biologica accertabile. Inoltre, non esistono fattori medico-biologici che possano venir considerati come causa necessaria e sufficiente nella determinazione del "destino personale" o carriera di vita del deviante¹¹⁵⁸. "La carriera di vita" del deviante, che secondo l'opinione comune costituisce la prova della devianza, è essenzialmente determinata dal "trattamento" che la società riserva alla persona che essa etichetta come deviante¹¹⁵⁹. Dunque, egli è per lo più, fin dall'inizio, la vittima di una situazione di ingiustizia sociale. Nel momento in cui egli viene marchiato, o etichettato, come deviante, questa etichetta nasconde e nega il fatto che egli sia vittima, e assolve da ogni responsabilità il sistema sociale¹¹⁶⁰. Il deviante quindi viene biasimato per il fatto di essere tale, e discriminato, e anche utilizzato nei modi più vari: egli fa parte di un insieme eterogeneo, di singoli individui, dotati di scarsissimo potere sociale, ed inseriti in un ambito ben preciso all'interno della struttura generale della società¹¹⁶¹. I comportamenti devianti vengono identificati, convenzionalmente, con i termini quali follia, "psicosi", "malattia mentale", e "alienazione mentale", oggetto di un'interpretazione di tipo medica, che merita, in questa sede, la trattazione. In materia esistono incertezza e disaccordo nella definizione e classificazione delle "malattie" e dei "disturbi mentali"¹¹⁶². Psichiatri e psicologi si sono succeduti nel tempo teorizzando e costruendo ipotesi sulla natura e sulla genesi dei disturbi mentali, proponendo e riproponendo teorie di volta in volta

¹¹⁵⁶ G. Jervis, op. cit., 67 ss.

¹¹⁵⁷ G. Jervis, op. cit., 67 ss.

¹¹⁵⁸ G. Jervis, op. cit., 67 ss.

¹¹⁵⁹ G. Jervis, op. cit., 67 ss.

¹¹⁶⁰ G. Jervis, op. cit., 67 ss.

¹¹⁶¹ G. Jervis, op. cit., 67 ss.

¹¹⁶² G. Jervis, op. cit., 67 ss.

biologiche, psicologiche, sociologiche, che ad oggi non hanno dato ancora risposte esaurienti al mistero della malattia mentale in senso ampio¹¹⁶³. Nelle diverse classificazioni si è tenuto conto di criteri diversi, o tra loro separati o variamente combinati, quali: etiologici; anatomico-patologici; statistici; sintomatologico-descrittivi; clinici; psicodinamici; evolutivi o di decorso; socio-ambientali; antropofenomenologici¹¹⁶⁴. Gli stessi manuali di psichiatria¹¹⁶⁵ non danno una definizione standard concordata ed univoca di malattia mentale, la cui dizione è stata sostituita con quella di “disturbo” e questo a sua volta sostituito da quello di “sindrome”, per via dell’introduzione da parte dell’OMS di una diversa classificazione di tutte le malattie, comprese quelle mentali e nota come ICD, “*International Classification of Mental and Behavioural Disorders: diagnostic criteria for research*”. A questo punto, ai fini di una completa ricostruzione del concetto, si rende necessaria l’esposizione dei diversi approcci esistenti¹¹⁶⁶. L’ “approccio psicopatologico descrittivo” individua e descrive i disturbi psicopatologici aventi negativa incidenza sul normale funzionamento dell’Io, allo scopo di costruire con questa il contenuto della diagnosi psichiatrica¹¹⁶⁷. L’ “approccio funzionale”, consiste nell’analisi di come si organizza l’identità personale, attraverso il divenire dell’Io, del Super Io e dell’Es, le loro relazioni reciproche, lo sviluppo dei meccanismi difensivi, il tipo di relazioni oggettuali, la gestione dell’aggressività. Si costruisce prendendo in esame: 1) la forza e debolezza dell’Io; 2) la diffusione e meno del senso dell’Identità; 3) il mantenimento o le alterazioni dell’esame della realtà; 4) il tipo di gestione dell’aggressività e della sessualità; 5) il ricorso a meccanismi di difesa primari e secondari¹¹⁶⁸. Concetto centrale di questo tipo di approccio è la nozione di Io, infrastruttura della personalità che si definisce attraverso le sue funzioni percettivo-memorizzative, organizzative, previsionali, decisionali, esecutive¹¹⁶⁹. L’approccio neurobiologico studia attraverso l’utilizzazione di strumenti suoi propri, come protocolli, questionari, strumenti di valutazione specifici, la presenza o meno di alterazioni delle attività cerebrali: in particolare, delle regioni prefrontali, essenziali per la mentalizzazione, rispetto a quella dell’amigdala e dell’ippocampo e cerca di stabilire correlazioni significative tra lesioni del cervello, come danni neuro cognitivi, ma anche quelli emozionali e

¹¹⁶³ G. Jervis, op. cit., 67 ss.

¹¹⁶⁴ G. Jervis, op. cit., 67 ss.

¹¹⁶⁵ U. Fornari, “*Trattato di psichiatria forense*”, Milano, 2018, 104 ss.

¹¹⁶⁶ U. Fornari, op. cit., 104 ss.

¹¹⁶⁷ U. Fornari, op. cit., 104 ss.

¹¹⁶⁸ U. Fornari, op. cit., 104 ss.

¹¹⁶⁹ U. Fornari, op. cit., 104 ss.

comportamentali, e disturbi mentali, le cosiddette evidenze scientifiche¹¹⁷⁰. L'approccio dimensionale è di tipo quantitativo ed introduce il concetto di continuum psicopatologico, nel senso che la patologia della personalità ha un legame di continuità con la psicologia della personalità¹¹⁷¹. Al livello teorico il modello di approccio prevede che ogni dimensione psicopatologica, intesa come insieme di sintomi correlati tra di loro, possa essere riportata a uno specifico meccanismo patofisiologico e ad un intervento terapeutico altrettanto specifico¹¹⁷². Le dimensioni psicopatologiche, individuate in base all'osservazione clinica, vengono confermate anche con metodi statistici; esse non sostituiscono, ma completano le categorie diagnostiche¹¹⁷³. Fondamentale è misurare la gravità dei disturbi oltre che la presenza degli stessi e valutare quei segni che indicano una disfunzione di determinati circuiti neuronali, specifici ed interconnessi¹¹⁷⁴. L'approccio che, per la *sedes materiae*, ci interessa maggiormente è quello psicopatologico forense: esso cerca di stabilire eventuali rapporti tra i disturbi psicopatologici e l'atto commesso o subito e avente rilevanza giuridica in ambito sia penale, che civile¹¹⁷⁵. Questo procedimento è indispensabile per poter conferire significato di infermità dell'atto agito o subito. Il modello di psicopatologia forense è pertanto il prodotto di un processo costruttivo che prevede l'integrazione dei modelli nosografico, psicopatologico e funzionale e si articola attraverso diversi passaggi che includono strategie relazionali, ricostruzioni di storie di vita, tecniche d'intervista, ricordo a test mentali ed altri mezzi di indagine¹¹⁷⁶. Allora l'attenzione del perito o del consulente deve essere concentrata non solo sull'inquadramento diagnostico del periziando, per intenderci sul "cosa ha", ma deve tenere conto del suo bagaglio culturale e nozionistico – come già sottolineato nel precedente capitolo – delle caratteristiche della relazione e del contesto in cui è avvenuto il fatto e dell'eventuale compromissione psicopatologica del suo funzionamento mentale riferita all'evento giuridicamente rilevante, agito o subito, in ambito penale e civile¹¹⁷⁷. Dunque, la psicopatologia forense cerca di stabilire l'incidenza del o dei disturbi psicopatologici individuati sul funzionamento globale e settoriale della persona oggetto di indagine peritale.; esplorare il rapporto tra disturbo psicopatologico, funzionamento mentale e

¹¹⁷⁰ U. Fornari, op. cit., 104 ss.

¹¹⁷¹ C. Maffei, "Borderline", Cortina Milano, 2008. Si veda U. Fornari, op. cit., 104 ss.

¹¹⁷² U. Fornari, op. cit., 104 ss.

¹¹⁷³ U. Fornari, op. cit., 104 ss.

¹¹⁷⁴ U. Fornari, op. cit., 104 ss.

¹¹⁷⁵ Imputabilità, inferiorità, deficienza psichica, pericolosità sociale, capacità decisionale, e via dicendo.

¹¹⁷⁶ U. Fornari, op. cit., 104 ss.

¹¹⁷⁷ U. Fornari, op. cit., 104 ss.

atto avente rilevanza in ambito sia penale, sia civile, il cosiddetto “nesso causale”; individuarne l’esistenza, quantificarne l’incidenza sotto forma di vizio di mente, totale o parziale, o di altri stati di incapacità; definire con criteri clinici l’eventuale pericolosità sociale psichiatrica, graduandola, in elevata ed attenuata; indicare eventuali “misure terapeutiche” da adottare¹¹⁷⁸. In ambito penale, sono fondamentali le due categorie giuridiche dell’intendere e del volere, che corrispondono a quelle dimensionali del funzionamento dell’Io: la capacità di intendere riguarda le funzioni cognitive e la capacità riflessiva del soggetto, mentre la capacità di volere riguarda i processi affettivo emotivi e decisionali¹¹⁷⁹. Qui meritano di essere richiamati quattro fondamentali articoli del Codice penale, collocati nel titolo IV, capo I, caratterizzanti e fondanti la premessa concettuale della trattazione del tema di questo capitolo, ovvero il concetto di “imputabilità”, intesa essa non come “capacità di pena” o “capacità giuridica speciale di diritto penale”, ma quale presupposto della colpevolezza, in assenza del quale non è configurabile l’elemento psicologico necessario per la commissione del reato¹¹⁸⁰: essi sono l’articolo 85 del Codice Rocco, attualmente in vigore, rubricato “*Capacità di intendere e di volere*”¹¹⁸¹, il quale dispone che “*Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile*”; l’articolo 88 c.p., rubricato “*Vizio totale di mente*”, il quale dispone che “*Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto era, per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere e di volere*”; l’articolo 89 c.p., intitolato “*Vizio parziale di mente*”, che dispone che “*Chi nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato, da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità d’intendere e di volere, risponde del reato commesso; ma la pena è diminuita*”; ed infine l’articolo 90 c.p., rubricato “*Stati emotivi o passionali*”, il quale dispone che “*Gli stati emotivi o passionali non escludono né diminuiscono*

¹¹⁷⁸ U. Fornari, op. cit., 104 ss.

¹¹⁷⁹ U. Fornari, op. cit., 104 ss.

¹¹⁸⁰ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., pag. 675 ss. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella motivazione della nota sentenza n. 9163 del 2005 hanno precisato che “*l’imputabilità non si limita ad essere una “mera capacità di pena” o un “semplice presupposto o aspetto della capacità giuridica penale”, ma il suo “ruolo autentico” deve cogliersi partendo, appunto, dalla teoria generale del reato; ed icasticamente si chiarisce al riguardo che “se il reato è un fatto tipico, antigiuridico e colpevole e la colpevolezza non è soltanto dolo o colpa ma anche, valutativamente, riprovevolezza, rimproverabilità, l’imputabilità è ben di più che non una semplice condizione soggettiva di riferibilità della conseguenza del reato data dalla pena, divenendo piuttosto la condizione dell’autore che rende possibile la rimproverabilità del fatto*”; essa, dunque, non è “mera capacità di pena”, ma “capacità di reato o meglio capacità di colpevolezza”, quindi, nella sua “propedeuticità soggettiva rispetto al reato, presupposto della colpevolezza”, non essendovi colpevolezza senza imputabilità”.

¹¹⁸¹ Dalla rubrica plasticamente emerge cosa si intende per imputabilità, ovvero capacità di intendere e di volere.

l'imputabilità". Due degli articoli citati, quelli che in questa *sedes materiae* rilevano, rispettivamente l'articolo 88 e 89 c.p., fanno riferimento non già ad una "infermità mentale", ma ad una "infermità" che induca il soggetto "in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere e di volere" o da farla "scemare grandemente": se ne è giustamente inferito che non è l'infermità in se stessa, neppure la più grave, a rilevare, bensì un "tale stato di mente", da essa determinato, "da escludere la capacità di intendere o di volere" o da farla ritenere "grandemente scemata"; ulteriore corollario di tale rilievo è l'annotazione che tali norme non circoscrivono il rilievo alle sole infermità psichiche, ma estendono la loro previsione anche alle infermità fisiche, che a quello stato di mente possano indurre, "nel senso di una la loro attitudine a incidere, effettivamente e nel caso concreto, nella misura e nei termini voluti dalla norma, sulla capacità di intendere e di volere del soggetto agente"¹¹⁸². In difetto o assenza di tale rapporto, anche il malato di mente può essere ritenuto imputabile, dal momento che, pur essendo egli affetto da disturbi psichici, questi non hanno inciso funzionalmente sul suo comportamento criminale che si colloca in spazi convenzionali di "libertà", "autonomia" e "capacità"¹¹⁸³. Il principio fondamentale è quello posto alla base della distinzione tra reato "di" e reato "in" malato di mente¹¹⁸⁴. È ragionevole pensare che, nel caso del vizio di mente, un disturbo mentale produca un disordine comportamentale che precede, accompagna e segue il reato di gravità diversa, a seconda dell'entità e delle quantità di compromissione delle singole funzioni psichiche; delle condizioni di acuzie o di cronicità; di produzione o di spegnimento della sintomatologia psicopatologica; di età. Dunque, più aree funzionali dell'Io saranno investite dal disturbo patologico psichico, più ampia ed evidente sarà la compromissione comportamentale¹¹⁸⁵. È privato di validità scientifica il principio sostenuto dalla scuola positiva e per molti anni successivi seguito, in forza del quale veniva data per scontata l'esistenza di una equivalenza tra follia ed assenza di imputabilità, secondo il criterio medico-psichiatrico¹¹⁸⁶. Applicando, invece, il criterio psicopatologico-normativo, costituiscono vizio parziale o totale di mente solo quei disturbi che importano alterazioni patologiche di una o più funzioni psichiche, a loro volta sintomaticamente nell'atto criminale, che in

¹¹⁸² U. Fornari, op. cit., 113 ss.

¹¹⁸³ U. Fornari, op. cit., 113 ss.

¹¹⁸⁴ U. Fornari, op. cit., 113 ss.

¹¹⁸⁵ U. Fornari, op. cit., 113 ss.

¹¹⁸⁶ U. Fornari, op. cit., 113 ss.

tal modo assume “valore di malattia”, o meglio, “significato di infermità”¹¹⁸⁷. Pertanto, disturbo mentale e significato di infermità sono due nozioni non necessariamente intercambiabili e non reciprocamente identificabili: il primo comporta la necessità di un intervento terapeutico la cui gestione spetta ad operatori della psichiatria clinica; il secondo causa quel “tale stato di mente” che si può costituire in vizio di mente totale o parziale¹¹⁸⁸. Di conseguenza, significato di infermità si può riconoscere solo a quei delitti sintomatici di disturbi psicopatologici che rientrano in una nosografia cosiddetta maggiore con caratteristiche evolutive e di acuzie, incompatibili con il funzionamento dell’Io stabile nel tempo¹¹⁸⁹. Fondamentale è convenire sul fatto che il vizio di mente, incapacità decisionale ed altre condizioni di incapacità esistono solo in quei casi in cui l’agito può essere iscritto in documentate alterazioni psicopatologiche proprie di disturbi mentali specifici che, per l’intervento di fattori stressanti di natura situazionale o relazionale, si sono “epifenomenizzati” nel comportamento oggetto di indagine, incidendo in maniera significativa sul funzionamento dei meccanismi intellettivi o volitivi del soggetto in osservazione¹¹⁹⁰. Dunque, l’imputabilità di un autore di reato può venire meno o essere grandemente scemata solo quando il fatto può essere iscritto nella accertata patologia di mente ed essere ritenuto sintomatico di quel funzionamento disturbato; l’infermità di mente non è uno stato permanente di servizio dell’individuo, ma può essere l’espressione di un *quid novi* che improvvisamente e drammaticamente insorge in lui ed altrettanto rapidamente si risolve¹¹⁹¹. Per ricapitolare, gli obiettivi perseguiti con la nozione di “vizio di mente” sono i seguenti: a) sottrarre all’apprezzamento del significato di “infermità” alla “sensibilità” del singolo perito, il quale spesso contamina le categorie psichiatriche con quelle giuridiche, subordinando la valutazione della sindrome diagnostica alla gravità del reato o ai precedenti o ad un giudizio morale; b) restituire al “malato di mente” la dignità e compassione perduta; c) evitare di generalizzare e banalizzare il concetto di vizio di mente, riconoscendo la sussistenza di un’infermità anche in presenza di semplici “alterazioni, bizzarrie, ed anomalie del carattere o del temperamento”; d) circoscrivere il compito del perito a

¹¹⁸⁷U. Fornari, op. cit., 113 ss. Inoltre, la “nozione di malattia” venne proposta nel 1956 da Müller-Suur H., “*Zur Frage der strafrechtlichen Beurteilung von Neurosen*”, 194, per risolvere il problema della valutazione psichiatrico-forense delle “anomalie mentali” in riferimento ad un reato; la nozione fu definita come “il grado di diversità tra le direttive abituali di una determinata personalità, ed i modi di reazione ad essa propri, ed il suo comportamento abnorme”.

¹¹⁸⁸ U. Fornari, op. cit., 113 ss.

¹¹⁸⁹ U. Fornari, op. cit., 113 ss.

¹¹⁹⁰ U. Fornari, op. cit., 113 ss.

¹¹⁹¹ U. Fornari, op. cit., 113 ss.

quello di semplice collaboratore del magistrato e non di sostituto dello stesso; e) responsabilizzare l'autore del reato¹¹⁹². Tra le numerose sentenze della Suprema Corte, una svolta fondamentale e decisiva è stata rappresentata dalla sentenza n. 9163 del 25.1.2005. In essa le Sezioni Unite Penali della Corte di Cassazione hanno stabilito quanto segue: *“Anche i disturbi della personalità, come quelli da nevrosi e psicopatie, possono costituire causa idonea ad escludere o grandemente scemare, in via autonoma e specifica, la capacità di intendere e di volere del soggetto agente ai fini degli articoli 88 e 89 c.p., sempre che siano di consistenza, intensità, rilevanza e gravità tali da concretamente incidere sulla stessa; per converso non assumono rilievo ai fini dell'imputabilità le altre anomalie caratteriali e gli stati emotivi e passionali, che non rivestano i suddetti connotati di incisività sulla capacità di autodeterminazione del soggetto agente; è inoltre necessario che tra il disturbo mentale ed il fatto di reato sussista un nesso eziologico, che consenta di ritenere il secondo casualmente determinato dal primo”*. I punti più forti della sentenza sono di seguito sintetizzabili: 1) anche ai disturbi della personalità può essere attribuita un'attitudine, scientificamente condivisa, a proporsi come causa idonea a escludere o grandemente scemare in via autonomia e specifica, la capacità di intendere e di volere del soggetto agente; 2) il nesso eziologico fra infermità e reato viene assunto a requisito della non imputabilità; 3) i disturbi o anomalie della personalità possono acquisire rilevanza solo ove siano di consistenza, intensità, rilevanza e gravità tali da concretamente incidere sulla capacità di intendere e di volere, compromettendola del tutto o grandemente scemandola¹¹⁹³. Devono essere quindi gravi ed idonei a determinare una situazione di assetto psichico incontrollabile ed ingestibile tanto da integrare gli estremi di una vera e propria psicosi; 4) non possono avere rilievo anomalie caratteriali, disarmonie della personalità, deviazioni del carattere e del sentimento che non si rivestano delle connotazioni indicate, né possono assumere rilievo alcuno gli stati emotivi e passionali, salvo che essi si inseriscano in un più ampio quadro di infermità avente le connotazioni su indicate; 5) qualunque disturbo mentale è elemento condizionante della condotta ma deve essere grave per rilevare sulla imputabilità¹¹⁹⁴.

¹¹⁹² U. Fornari, op. cit., 113 ss.

¹¹⁹³ U. Fornari, op. cit., 113 ss.

¹¹⁹⁴ U. Fornari, op. cit., 113 ss.

3. LA RIVOLUZIONE DELLA LEGGE BASAGLIA NEL SUO CONTESTO STORICO

La realtà ad oggi esistente è il frutto, come ogni significativa svolta nella storia umana, di lunghe e coraggiose battaglie, piccole o grandi che esse siano state, tutte condotte da animi inevitabilmente grandiosi e rari, già in partenza vincitori perché ostinati a dar voce alle esigenze rivoluzionarie dei vari periodi storici, a prescindere dal loro esito. *“Il 13 maggio non si è stabilito per legge che il disagio psichico non esiste più in Italia, ma si è stabilito che in Italia non si dovrà rispondere mai più al disagio psichico con l'internamento e con la segregazione. Il che non significa che basterà rispedito a casa le persone con la loro angoscia e la loro sofferenza”*, citazione di Franco Ongaro Basaglia, il 19 settembre del 1978. La legge 180 del 1978, intesa come progetto di legge a sé stante, non fu mai discussa in aula¹¹⁹⁵. Fu approvata in commissione, senza dare ai deputati la possibilità di discutere e votare il provvedimento, se non più avanti, all'interno di una più vasta legge di riforma sanitaria, la 833. Inoltre, la legge portava un titolo alquanto scialbo¹¹⁹⁶, e la maggior parte del testo non faceva riferimento specifico alla salute mentale, né ai manicomi: si chiamava *“Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori”*. Anche questo poteva essere interpretato come una rottura radicale con il passato, in quanto aboliva la distinzione tra la salute mentale e gli altri settori della sanità¹¹⁹⁷. Comunque, il dibattito sulla legge non riguardò specificamente l'assistenza psichiatrica, bensì il ricorso al trattamento obbligatorio per tutti i malati, compresi quelli con disagi psichici. In quel periodo, gli occhi del mondo erano puntati su Roma, nel maggio del 1978, ma non certo per l'imminente riforma psichiatrica: il 16 aprile le Brigate Rosse avevano rapito Aldo Moro, assassinando i cinque uomini della scorta. La capitale era paralizzata e l'Italia era in uno stato di shock¹¹⁹⁸. Le conseguenze di quell'evento avrebbero pesato per anni. In quel momento di crisi per lo stato italiano, ben pochi si accorsero dell'approvazione di quella che sarebbe divenuta nota, più avanti, come *“legge Basaglia”*¹¹⁹⁹. Di per sé la legge significava ben poco, considerando che molti manicomi italiani non erano mai stati toccati dal movimento di

¹¹⁹⁵ J. Foot, *“La Repubblica dei matti”*, Milano, 2014, 143 ss.

¹¹⁹⁶ J. Foot, op. cit., 143 ss.

¹¹⁹⁷ J. Foot, op. cit., 143 ss.

¹¹⁹⁸ J. Foot, op. cit., 143 ss.

¹¹⁹⁹ J. Foot, op. cit., 143 ss.

riforma, e per chiuderli occorre erano enormi risorse e una forte volontà politica¹²⁰⁰. I tentativi di neutralizzare la legge furono molti, anche prima che divenisse operativa, ma Franco Basaglia dedicò il resto della sua vita alla difesa delle leggi 180 e 833 e ad una lunga campagna in favore della loro applicazione. La legge 180/1978 era legge dello stato, anche se sarebbero dovuti passare decenni prima che gli ultimi manicomi venissero chiusi per sempre¹²⁰¹. Tuttavia fu anche un punto di svolta, dato che non si sarebbero costruiti nuovi manicomi ed i pazienti psichiatrici divennero pazienti a tutti gli effetti, con i loro diritti e responsabilità. Il trattamento non poteva essere più imposto, divenendo volontario, se non in circostanze eccezionali¹²⁰². È da precisare che la vera sostanza, cioè i tempi del cambiamento, la natura stessa dei servizi, la misura in cui si poteva ricorrere al trattamento obbligatorio veniva lasciata alla discrezione delle singole amministrazioni locali, dei medici e dei burocrati. La legge 180 fu approvata grazie all'impegno tenace di una serie di politici moderati, tra i quali, per esempio, il famigerato ex democristiano Paolo Cirino Pomicino e la repubblicana Susanna Agnelli¹²⁰³. Il suo vero nome dovrebbe essere legge Orsini, dal relatore Bruno Orsini, psichiatra e deputato democristiano, che ne fu primo firmatario e promotore, facente parte dell'Associazione medici ospedali psichiatrici italiani, la cui impostazione era molto moderata rispetto a Psichiatria democratica¹²⁰⁴. Il dibattito su una riforma di vasta portata nel settore dell'assistenza psichiatrica era iniziato ben prima del 1978, soprattutto nell'ambito del tortuoso percorso istitutivo del servizio sanitario nazionale in Italia. Nel dicembre del 1977 fu presentata in Parlamento una proposta di legge integrata, che comprendeva diversi provvedimenti rivolti direttamente ai manicomi e all'assistenza psichiatrica¹²⁰⁵. Bruno Orsini era soddisfatto del risultato: *“Si compiva così un piccolo miracolo: il varo di una legge, di grande significato tecnico, sociale e politico, a meno di tre settimane dalla data della sua presentazione al Parlamento. Firmato il 13 maggio dal capo dello Stato Leone, dal guardasigilli Bonifacio e dal ministro della Sanità Anselmi, il testo, pubblicato sulla “Gazzetta ufficiale” n. 133 del 16/5/1978, divenne legge dello Stato ed entrò in vigore il giorno successivo”*¹²⁰⁶. Nel 1977 Orsini aveva ribadito la natura moderata delle riforme: *“Noi non vogliamo la vittoria dell'antipsichiatria, vogliamo l'umanizzazione della psichiatria e consideriamo*

¹²⁰⁰ J. Foot, op. cit., 143 ss.

¹²⁰¹ J. Foot, op. cit., 143 ss.

¹²⁰² J. Foot, op. cit., 143 ss.

¹²⁰³ J. Foot, op. cit., 143 ss.

¹²⁰⁴ J. Foot, op. cit., 143 ss.

¹²⁰⁵ J. Foot, op. cit., 143 ss.

¹²⁰⁶ J. Foot, op. cit., 143 ss.

questa legge come un passo importante verso questo obiettivo". Nella fase finale, 1976-1978, fu il risultato di un'alta mediazione, raggiunta con il contributo di uomini noti e oscuri, di società scientifiche e sindacali, di intellettuali, di forze politiche e di alcuni parlamentari di grande onestà intellettuale e di limpido rigore morale¹²⁰⁷. Il critico più feroce della procedura di commissione fu il leader del Partito radicale, Marco Pannella. In commissione, Pannella usò parole di fuoco: *"Intervenire per non fare. Avete fatto ancora una volta una sceneggiatura, non un disegno di legge. Aderite a una sceneggiatura che manca di fantasia e di rigore e, soprattutto – ciò che mi pare più grave – avete concepito una situazione che disegna un mediocre processo kafkiano (...) quanti processi kafkiani saranno vissuti da quei 50.000 che vivono oggi processi di violenza letale"*¹²⁰⁸. La furia di Pannella si spiega con il fatto che si stava approvando una legge per evitare il suo referendum: l'impegno politico ed il lavoro investiti dal Partito radicale sulla questione della legge 1904 venivano usurpati dai politicanti romani¹²⁰⁹. A quel tempo – per questo motivo Pannella peccava di scarso senso della realtà – nulla sarebbe passato in Parlamento senza il consenso dei comunisti e dei democristiani: qualsiasi riforma poteva risultare soltanto da un compromesso tra le due forze, sia pure con contributi e pressioni dall'esterno. Nel 1978 fu possibile, quindi, la 180, di storica importanza¹²¹⁰. Questa, infatti, per la prima volta trasformava gli internati nei manicomi in italiani a tutti gli effetti. I diritti sanciti dalla Costituzione venivano estesi anche a loro: la legge diventava davvero uguale per tutti, anche per i malati di mente, e tale sarebbe rimasta in futuro¹²¹¹. Come sostiene David Forgacs, la 180 *"poneva al centro i diritti umani e civili del paziente"*. L'assistenza psichiatrica non doveva avvenire in manicomi a questo deputati, bensì negli ospedali generali o nelle strutture decentrate. La legge stabiliva che le persone affette da disturbi mentali sarebbero state assistite nei servizi decentrati ovvero, nei casi più gravi, in speciali unità inserite negli ospedali civili, con un massimo di quindici letti¹²¹². Il momento centrale della riforma era l'idea del trattamento volontario: la legge prevedeva quello "obbligatorio" in certi casi, ma offriva solide garanzie sul piano dei diritti umani. Quel che conta di più è che la legge fissava dei saldi principi: i malati di mente tornavano ad essere persone, con i propri diritti, al voto, al controllo sull'assistenza da ricevere, alla

¹²⁰⁷ J. Foot, op. cit., 143 ss.

¹²⁰⁸ J. Foot, op. cit., 143 ss.

¹²⁰⁹ J. Foot, op. cit., 143 ss.

¹²¹⁰ J. Foot, op. cit., 143 ss.

¹²¹¹ J. Foot, op. cit., 143 ss.

¹²¹² J. Foot, op. cit., 143 ss.

vita nel mondo esterno; i manicomi erano destinati all'estinzione e non dovevano essere accettati nuovi ricoveri; nel lungo periodo fu fatto divieto di costruire nuovi ospedali psichiatrici¹²¹³. L'espressione "legge Basaglia", entrata ormai nell'uso comune, è per molti versi un errore storico. La legge, come spiegano Orsini e gli altri, fu il risultato di trattative ed alleanze tra i partiti politici, soprattutto i democristiani ed il Pci, ed i numerosi organismi professionali¹²¹⁴. Le due leggi, 180 e 833, furono la fine di una lunga storia, la lotta contro il sistema manicomiale e le sue ingiustizie, e insieme l'inizio di un'altra, ovvero la battaglia per l'affermazione di nuovi servizi e sistemi. La lotta contro le "istituzioni totali" sarebbe comunque continuata per altri vent'anni nonostante la legge: personaggio decisivo di questo movimento dopo il 1978 sarebbe stata Franca Ongaro¹²¹⁵. La riforma aveva radici politiche, tecniche, culturali. Come scrive Giacanelli: essa fu *"un provvedimento di legge preceduto da un processo lungo, policentrico, alimentato da esperienze a volte eterogenee e asincrone, che avevano in comune l'aspirazione al superamento della claustrazione manicomiale"*. Basaglia scelse il pragmatismo, ma purtroppo un tumore al cervello impedì a lui di applicarla – altri ci pensarono – e di vederla applicata: *"È in ogni caso vietato costruire nuovi ospedali psichiatrici, utilizzare quelli attualmente esistenti come divisioni specialistiche psichiatriche di ospedali generali o sezioni psichiatriche e utilizzare come tali divisioni o sezioni neurologiche o neuropsichiatriche"*, Legge 180, del 1978¹²¹⁶. L'obiettivo, a differenza di quello che molto sostenevano, non fu quello di *"abbandonare il malato a se stesso, ma significa creare le premesse perché egli possa essere seguito in modo migliore e aiutato in quelle che sono le sue reali difficoltà"*, come affermò Franco Basaglia. La 180 e 833 furono un punto di svolta per la psichiatria in Italia, contrassegnato dalla fine del sistema manicomiale, frutto di un tentativo riuscito di mobilitazione di una classe notoriamente conservatrice¹²¹⁷. Per concludere e meglio comprendere la portata della riforma, Basaglia nel 1971 partecipò ad un'assemblea studentesca a Padova, dove per anni aveva studiato. La sua prima lezione si aprì con un avvertimento significativo per tutti coloro che operano nel settore: *"Credevo di trovarmi di fronte a poche persone per discutere e polemizzare su argomenti che parlano di lotta che voi conducete all'interno del movimento studentesco e noi all'interno degli ospedali psichiatrici. Mi trovo, invece, in un'aula dove io sono la bella bestia, attorniato da*

¹²¹³ J. Foot, op. cit., 143 ss.

¹²¹⁴ J. Foot, op. cit., 143 ss.

¹²¹⁵ J. Foot, op. cit., 143 ss.

¹²¹⁶ J. Foot, op. cit., 143 ss.

¹²¹⁷ J. Foot, op. cit., 143 ss.

tante persone che vogliono sapere da me non so cosa. Direi forse che questo è il risultato di una pubblicizzazione di cui sono stato oggetto. Io sono diventato famoso perché ho “aperto” un ospedale psichiatrico, e tutti i giornali hanno scritto che io sono il liberatore dei matti, che io sono il fantasma buono che si mette al posto del cattivo; poi c’è stata la maggior fortuna: l’incriminazione. Era successo qualcosa per l’istituzione, quindi ero portato alle stelle; e oggi sono diventato una “vedette” del mondo borghese chiamata un po’ dappertutto: da studenti, da socialdemocratici, da comunisti, ecc. un po’ da tutti, perché tutti vogliono sapere cosa si deve fare, cosa si può fare – e anche questo è altro modo per distruggere un’esperienza. Penso che oggi “io” sono un’istituzione, e si ha a che fare più col mio fantasma che con me. Direi quindi che il pubblico che è qui presente e vuol sapere, discutere su determinati problemi, si aspetta da me qualche cosa che io non posso dare”¹²¹⁸.

4. BREVE EXCURSUS SUI CONTORNI “STORICI” DELLA FIGURA DELLO PSICHIATRA

Per comprendere che cosa è la psichiatria è necessario ripercorrere la sua storia nell’età moderna. La psichiatria ha sempre avuto una doppia faccia: per certi aspetti appare come un ramo della medicina, per altri lati appare come uno strumento di repressione e di controllo di comportamenti devianti, indipendentemente da qualsiasi finalità medica o terapeutica, una ambiguità questa propria delle culture pre-industriali, caratterizzate dalla presenza di interpretazioni magico-religiose della follia¹²¹⁹. La teoria psichiatrica moderna è nata quando è entrata in crisi l’interpretazione magico-religiosa della follia, e quando si è cominciato a voler usare criteri sistematici per distinguere chiaramente, all’interno della vasta categoria di comportamenti devianti, quelli di competenza della religione, quelli di competenza della repressione giudiziaria e quelli di competenza medico-psichiatrica¹²²⁰. Fin dall’inizio, quella disciplina che oggi chiamiamo psichiatria

¹²¹⁸ J. Foot, op. cit., 143 ss.

¹²¹⁹ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²²⁰ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

ricevette una definizione manicomiale¹²²¹: cioè ricevette un investimento che non aveva nulla a che fare con la scienza. L'assistenza fu concepita essenzialmente come concentramento e reclusione in luoghi separati, e come tutela e gestione in condizione di pura sopravvivenza, di persone altrimenti non in grado di vivere se non in condizioni tali da minacciare l'assetto e la tranquillità sociale. Gli ospedali psichiatrici accoglievano certe persone, il cui destino era definito dalla ragion di stato¹²²². Con la rivoluzione industriale tra la fine del Settecento e l'inizio dell'Ottocento provocò la formazione di nuovi strati di marginalizzati, e contemporaneamente introdusse nuove necessità di organizzazione e di razionalizzazione sociale anche nella gestione della devianza¹²²³. Il forte sviluppo del sistema manicomiale nella seconda metà del Settecento e nella prima metà dell'Ottocento ubbidì a esigenze politico-sociali, ma corrispose anche ad un compito arduo: quello di separare secondo l'umanità, la ragione ed il diritto, il colpevole dal malato¹²²⁴. La distinzione tra colpa e malattia rimase largamente incompleta sia per la mancanza di obiettivi criteri di malattia, sia per la difficoltà ad accettare l'idea che l'attribuzione dell'etichetta di "malato di mente" rendesse l'individuo "non responsabile" del disordine del proprio comportamento. L'epoca successiva alla Rivoluzione francese introdusse ambiguamente il principio, psicologico ma anche morale, di una responsabilità del folle¹²²⁵. Se questi non era colpevole della propria follia, era in qualche modo responsabile e responsabilizzabile per le proprie azioni. Con l'Illuminismo ed all'inizio dell'Ottocento il disturbo mentale fu considerato, assai più che non ai nostri giorni, malattia e alterazione della capacità morale, perversione della volontà: l'idea dominante per tutta la prima metà del XIX secolo era quella della "disciplina della mente"¹²²⁶. Poiché ogni minima scelta ed ogni minimo atto di volontà potevano essere fonte di perversione, occorreva ridurre in primo luogo la mente ad una tabula rasa, ad un foglio bianco su cui scrivere nuovi principi, attraverso rimedi fisici, come l'isolamento, la restrizione fisica, e rimettendo in movimento i pensieri e le azioni dei melanconici, come il lavoro forzato¹²²⁷. Tutto ciò per ricostruire l'abitudine alla disciplina. Nel tempo si svilupparono percorsi più umanitari e liberali, per far assorbire più fiduciosamente ai malati di mente una personale autodisciplina ed autorepressione: il cosiddetto trattamento morale della

¹²²¹ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²²² G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²²³ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²²⁴ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²²⁵ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²²⁶ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²²⁷ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

follia¹²²⁸. *“Non vi può essere dubbio sul fatto che il principio della paura nella mente umana, quando sia suscitato moderatamente e giudiziosamente, come avviene mediante l’applicazione di leggi giuste ed egualitarie, ha un effetto salutare sulla società. È questo un principio grandemente usato nella educazione dei bambini, la cui imperfetta conoscenza ed imperfetta capacità di giudizio fanno sì che essi siano meno influenzabili da altri fattori. Ma quando la paura viene suscitata in modo eccessivo, o quando diviene il principale motivo di agire, essa certamente tende ad impedire la comprensione, a indebolire le disposizioni benigne, ad avvilire la mente”*. Così scriveva Samuel Tuke, in *“Description of the Retreat”*, nel 1813, sotto il titolo significativo, *“Sui mezzi per assistere il paziente nel controllare se stesso”*¹²²⁹. In seguito, l’ideologia ottocentesca della scienza, lo sviluppo del metodo anatomo-clinico ed i grandi successi della medicina contribuirono allo sviluppo della ideologia medica positivista in psichiatria: per essa il malato di mente non era più una persona che si comportava in modo “abnorme”, ma solo un organismo che funzionava male, secernendo movimenti scoordinati, posture isolate, frammenti di frasi, allucinazioni e deliri privi di qualsiasi significato¹²³⁰. La medicina positivista della seconda metà del secolo ambiva a interpretare anche casi umani considerati fino ad allora di competenza non psichiatrica: il visionario, il vagabondo, lo straccione, ma soprattutto il criminale, “dovevano” essere il risultato di un oscuro determinismo analogo a quello della follia¹²³¹. Le cause delle malattie psichiatriche venivano ricercate nella predisposizione ereditaria, nella degenerazione biologica oppure in una ignota affezione progressiva del cervello¹²³². Dunque l’autoritarismo punitivo nei confronti del malato di mente non veniva più esercitato nel nome della religione, come nel Medioevo, del diritto dello stato, come nel Settecento, o della morale illuministica, come dopo la Rivoluzione francese; ma nel nome della scienza e del progresso¹²³³. La follia, la marginalità sociale, il comportamento anti-sociale, nel momento in cui veniva cancellata ogni responsabilità collettiva, ridiventavano puri guasti biologici, risultato e causa di atti contro l’ordine civile e la società. La moralità e l’ordine costituito erano “ordine naturale”; e la scienza si incaricava di fornire, oltre che le giustificazioni, anche nuovi strumenti di difesa¹²³⁴. Con la scoperta della natura della malattia mentale, la scienza psichiatrica iniziò a

¹²²⁸ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²²⁹ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²³⁰ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²³¹ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²³² G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²³³ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²³⁴ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

sfogarsi nella elaborazione di un sistema basato sulla classificazione dei comportamenti¹²³⁵. Questi elencati uno per uno, separati da qualsiasi contesto e resi oggettivi, furono chiamati sintomi psichiatrici, e sostituiti a quelle alterazioni organiche cerebrali che non si riuscivano più a trovare nel corpo del malato¹²³⁶. La crisi del “modello medico del disturbo” mentale è stata determinata dal fallimento pratico della psichiatria medica e biologica: contrariamente alle speranze, in questo secolo non solo non sono state trovate le cause biologiche delle psicosi e delle nevrosi, ma non è stato escogitato nessun metodo di cura biologico risolutivo. Il contributo principale al rinnovamento della psichiatria nel Novecento è stato portato dalla psichiatria dinamica, ed in particolare dalla dottrina di Freud, la psicanalisi¹²³⁷. Al centro delle teorie psicodinamiche sta il concetto di inconscio, così come la psicoterapia sta al centro delle proposte terapeutiche che ne scaturiscono. Fu merito di Freud, e non solo¹²³⁸, il nuovo modo di considerare i disturbi psichici: con lui venne introdotta una concezione psicologica e dialettica del disturbo mentale, visto questo come il risultato di un contrasto, di uno squilibrio di tensioni, di un conflitto non risolto fra esigenze umane e sociali contraddittorie¹²³⁹. La psicanalisi, oltre a fornire un valido strumento interpretativo per alcuni disturbi mentali e per la vita psichica in generale, oltre ad indicare un nuovo metodo di cura, costituì una forte critica nei confronti delle concezioni morali dell'Ottocento, *in primis* l'idea di una rispettabilità borghese garantita in eterno¹²⁴⁰. La psicanalisi come terapia e come ideologia fornì una nuova generazione di intellettuali, e a una nuova classe dirigente, gli strumenti per gestire in modo più spregiudicato e consapevole il proprio potere: il trattamento psicoanalitico prometteva ai soggetti ansiosi e nevrotici non solo il miglioramento delle loro fobie, e dei loro fastidi e inibizioni nevrotiche, ma anche e soprattutto un più libero, spontaneo, articolato, efficace gioco di possibilità psicologiche nei rapporti con le altre persone¹²⁴¹. Successivamente al periodo freudiano, la concezione psicoanalitica della psichiatria è psicologica piuttosto che medica, ma non propriamente sociale: l'apparato psichico freudiano, con le sue forze, con gli equilibri fra Es, Io, Super-Io, pur non essendo una struttura anatomico-fisiologica, è in Freud un aspetto costitutivo della struttura biologica

¹²³⁵ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²³⁶ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²³⁷ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²³⁸ Si pensi a Janet, Bleuer, Jung. Si veda G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²³⁹ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²⁴⁰ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²⁴¹ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

dell'individuo¹²⁴². La dialettica stessa fra le esigenze degli istinti individuali e la repressione sociale, che secondo Freud sta alla base della sofferenza nevrotica, è considerata perenne, non storica, fra gli istinti biologici sempre uguali e una repressione sociale universale, così come la costituzione istintuale dell'individuo e l'inevitabile e sostanzialmente invariabile esigenza repressiva posta dall'esistenza della civiltà¹²⁴³. La filosofia di Freud riproponeva, così, un modello tipico ottocentesco: esisteva un uomo universale, dotato di quelle esigenze che erano evidenti nel uomo borghese adulto europeo; così, le forme della società borghese venivano ancora considerate come le uniche possibili, a cui le culture più primitive si sarebbero adeguate nel corso di un processo concepito come lineare¹²⁴⁴. Il fine della terapia analitica si poneva e si pone quindi anche oggi come la ricerca di un ragionevole adattamento ad un assetto sociale dato¹²⁴⁵. Poi, vari fattori hanno contribuito a mettere in crisi il concetto di "natura umana" biologicamente data e sottratta alle determinazioni storiche: con Marx la natura umana fu definita come "una questione storica", non biologica, in un'epoca ove iniziò a regnare il capitalismo¹²⁴⁶. Con lo sviluppo della sociologia, il tramonto della criminologia positivista, la nascita della etnologia culturale, lo sviluppo della psicologia, si fece strada l'idea che il disturbo mentale, la sofferenza psicologica, l'anormalità del comportamento rispondono non solo allo stesso modo di funzionare del cervello, ma soprattutto alle stesse leggi sociali che regolano i comportamenti normali: i comportamenti anormali, così come quelli normali, non nascono originariamente nella natura dell'individuo stesso, ma sono il riflesso e la conseguenza di contraddizioni della società¹²⁴⁷. Nel corso degli anni Trenta nacque in Germania, e si sviluppò negli Stati Uniti, una corrente di studi e di ricerche influenzata inizialmente dal pensiero di Reich e dal marxismo, che propose una revisione ad alcuni principi della psicanalisi freudiana. La scuola "neo-freudiana" fu costituita soprattutto da Fromm, dalla Horney, da Sullivan e dall'antropologo Kardiner, anch'egli influenzato dal marxismo: questi contestavano la teoria freudiana degli istinti, sostenendo che la nevrosi non è come voleva Freud il risultato di una lotta tra istinti e repressione sociale, ma il risultato di condizionamenti sociali contraddittori¹²⁴⁸. In parole più semplici, essi finirono per opporre a Freud, in una versione americana banalizzata ed appiattita della psicoanalisi,

¹²⁴² G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²⁴³ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²⁴⁴ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²⁴⁵ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²⁴⁶ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²⁴⁷ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²⁴⁸ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

la possibilità di salvare tutto, purché i buoni cittadini si adattassero alla società in modo positivo¹²⁴⁹. Nel corso degli anni Trenta e Quaranta si sviluppò un'ipotesi interpretativa dei disturbi mentali esclusivamente sociologica, del tutto indipendente da concezioni mediche e anche psicologiche individuali¹²⁵⁰. L'anormalità del comportamento della persona identificata come affetta da disturbi mentali non è più vista, da parte di queste scuole, come una sofferenza interna dell'individuo, anche se socialmente determinata, ma piuttosto come un ruolo sociale, come un insieme di comportamenti indotti e mantenuti nel gruppo. Questo ruolo, dunque, non esiste in sé stesso, ma solo come parte di una struttura di rapporti interpersonali¹²⁵¹. Ad oggi la psichiatria, un tempo nata nel chiuso dei manicomi, fa parte della vita quotidiana, venendo progressivamente sottratta ai medici, e gestita in modo più intelligente e spregiudicato al di fuori degli ospedali e delle cliniche ed integrandosi strettamente da un lato con la psicanalisi, e dall'altro con la psicologia dei gruppi, per fornire efficaci strumenti di manipolazione ed integrazione sociale¹²⁵². Il concetto di malattia mentale individuale, così, entrò in crisi, e con esso tutta la psichiatria tradizionale, fornendo una nuova chiave di lettura dell'individuo: la psicologia sociale, delle famiglie, dei gruppi, delle comunità, dei disagi collettivi. A questo punto conviene chiedersi che cosa il sistema politico chieda alla psichiatria¹²⁵³. Negli Stati Uniti i maggiori psichiatri e psicanalisti hanno teorizzato e praticato da tempo i nuovi compiti politici della psichiatria, come strumento di modificazione individuale e collettiva del comportamento, al di là di qualsiasi preoccupazione terapeutica¹²⁵⁴. Alcune caratteristiche fondamentali dell'ideologia del capitalismo maturo tendono del resto a coincidere con l'ideologia moderna della psichiatria: psicologia, psichiatria e psicanalisi sono oggi ideologie e tecniche che vengono invitate a fornire interpretazioni di problemi sociali vasti¹²⁵⁵. Da un lato, queste tendono a diffondere a livello di massa un certo modo di interpretare la realtà, in termini non-politici; da un altro, impediscono in un ambito tecnico settorializzato di trasformare questa realtà¹²⁵⁶. Pertanto, la psichiatria più moderna e aggiornata ha capito molto bene una cosa: che i disturbi mentali sono solo comportamenti indesiderati relativamente ai quali il soggetto, inteso non come malato di mente ma come qualunque essere umano,

¹²⁴⁹ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²⁵⁰ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²⁵¹ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²⁵² G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²⁵³ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²⁵⁴ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²⁵⁵ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²⁵⁶ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

deve essere guidato e ricondizionato a comportamenti più accettabili¹²⁵⁷. Il problema al centro delle tecniche psichiatriche moderne è divenuto quello di prevenire, individuare precocemente, e reprimere con metodi scientifici, qualsiasi comportamento indesiderato¹²⁵⁸. Dunque, ad oggi, il fine della psichiatria coincide con il fine della psicologia umana, dell'educazione, della rieducazione, dell' "ingegneria umana": è la manipolazione razionale del comportamento. Infine, con la crisi della terapia psichiatrica e della neutralità della scienza psichiatrica, si svela il fallimento di essa, dando vita ad un movimento dell'opposizione, nel decennio compreso tra il 1960 ed il 1970, il cui successo è stato rappresentato dalla fine dell'internamento psichiatrico, dando vita ad un nuovo rapporto tra paziente e medico-psichiatrico e ad un nuovo modo di fare della psichiatria, come su illustrato¹²⁵⁹.

5. LA POSIZIONE GIURIDICA DELLO PSICHIATRA ALLA LUCE DELLA RESPONSABILITÀ PENALE MEDICA: INTRODUZIONE

Illustrare ed analizzare il fondamento normativo e con esso l'operazione di accertamento della responsabilità del medico – che può rendersi autore, come analizzato nel primo capitolo, prevalentemente, di "reati omissivi impropri" o "commissivi mediante omissione" – nelle sue diverse componenti strutturali, come macrocategoria o *genus*, e successivamente nella sua declinazione in ambito psichiatrico – *sub specie* del medico psichiatra, il protagonista della trattazione – è necessario per definire il nuovo volto della posizione di garanzia di quest'ultimo, alla luce del ruolo decisivo assunto dalla volontà del paziente, dalla sua libertà di autodeterminazione e dalla moderna concezione dell'idea di salute, come già anticipato ed illustrato¹²⁶⁰. Il medico psichiatra ha l'obbligo giuridico di impedire l'evento dannoso o pericoloso per il paziente,

¹²⁵⁷ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²⁵⁸ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²⁵⁹ G. Jervis, op. cit., 42 ss.

¹²⁶⁰ C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

quell'evento che in concreto potrebbe verificarsi e dare vita alla responsabilità per omesso impedimento dell'evento¹²⁶¹. L'obbligo giuridico è al contempo qualificabile come obbligo di controllo, equiparando così il paziente ad una fonte di pericolo, rispetto alla quale il garante avrebbe dovuto neutralizzarne gli effetti lesivi verso terzi, e di protezione del paziente medesimo, essendo questo un soggetto debole, da comportamenti pregiudizievoli per sé, che potrebbero portarlo al suicidio¹²⁶². Vi è, dunque, concordia nel ritenere che lo psichiatra “è tenuto a realizzare tutti gli interventi terapeutici di volta in volta necessari o utili in vista del miglioramento delle condizioni psichiche del paziente, come anche dell'eventuale impedimento di eventi capaci di arrecargli ulteriore pregiudizio”¹²⁶³.

5.1 Le linee generali della responsabilità medica

Il rapporto fra medico e paziente, come ricordato già nei precedenti paragrafi, deve essere letto alla luce del concetto di salute, il quale nel tempo si è evoluto, in relazione ai valori inerenti la persona¹²⁶⁴. A fronte di condotte prevalentemente colpose, nate da “negligenza, imprudenza, imperizia o inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline” (l'ipotesi di dolo è eccezionale o marginale), l'ordinamento configura la responsabilità del medico, oltretutto della struttura sanitaria, sia sul versante civile che su quello penale¹²⁶⁵. Varie sono le ipotesi in cui è possibile ravvisare una “colpa medica”, e quindi una responsabilità del sanitario per delle sue condotte lesive di un bene del paziente¹²⁶⁶. Tra le ipotesi classiche¹²⁶⁷ si possono riportare la condotta attiva, ovvero

¹²⁶¹ C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹²⁶² Si veda M. Romano- F. Stella, “*Ricoveri, dimissioni e trattamento terapeutico dei malati di mente; aspetti penalistici e costituzionali*”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 388; F. Introna, “*Problemi interpretativi, pratici e burocratici suscitati dalla legge sui trattamenti sanitari obbligatori dei malati di mente*”, in *Riv. it. med. leg.*, 1980, 13 ss.; A. Fiori, “*La riforma (della riforma) psichiatrica e la responsabilità professionale dello psichiatra*”, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1982, 540 ss.. Si veda anche C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹²⁶³ G. Fiandaca, “*Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*”, in *Foro.it*, 1988, II, 107; S. Anzillotti, “*La posizione di garanzia del medico. Uno studio giuridico, bioetico e deontologico*”, Milano, 2013. Si veda C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹²⁶⁴ N. Posteraro, “*La responsabilità del medico nelle prime applicazioni della legge Gelli-Bianco*”, Roma, 2019, 67 ss.

¹²⁶⁵ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹²⁶⁶ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

anche omissiva, commettendo degli errori nell'esecuzione della prestazione dovuta, provocando una lesione all'integrità fisica del paziente o al suo bene vita, qualora dall'intervento terapeutico eseguito derivi la morte del malato¹²⁶⁸. O ancora, nei casi in cui l'intervento effettuato superi per eccesso o per difetto gli standard tecnici fissati dalla comunità scientifica: sono i c.d. interventi fuori protocollo, che si hanno quando il medico prescrive un medicinale in sovradosaggio rispetto a quello necessario e provochi dei danni al paziente. In verità, la colpa medica, intesa genericamente come responsabilità del sanitario, si ravvisa anche in ipotesi di illiceità commesse al di fuori della esecuzione del trattamento medico stretto¹²⁶⁹. Ad esempio, ciò che si riscontra nel caso di precoce dimissione del paziente in momenti sbagliati, nel caso di interruzione del trattamento, qualora il medico non si prenda cura del malato, o nei casi di mancato o ritardato intervento o addirittura la dimenticanza della pinza nella pancia¹²⁷⁰. La giurisprudenza ha affermato che si rintraccia una responsabilità quando il medico di medicina generale, raggiunto da una telefonata di un paziente, poi interrottasi, seppur privo di completa contezza in ordine alla situazione ed alla sua effettiva gravità, non intervenga e non riesca a curare per tempo il paziente chiamante, il quale poi muore¹²⁷¹. Sempre nel *genus* di colpa non esecutiva, si collocano gli errori medici c.d. marginali, come quello relativo alla lesione nella fase di trasporto da un reparto ad un altro, e quelli che derivino dall'utilizzo di strumenti inadeguati: la scelta del mezzo con il quale la prestazione viene eseguita, infatti, incide spesso in modo determinante sul suo esito finale, potendolo anche compromettere del tutto, specie se gli strumenti disponibili non rispondano ai requisiti minimi standard richiesti¹²⁷². Anche se la prestazione medica sia svolta all'interno di strutture sanitarie organizzate, che mettano a disposizione del medico strumentazioni carenti, senza consentirgli di verificarne la qualità per mancanza di alternative, il sanitario non può comunque adagiarsi su tale dato di fatto, evitando di confrontarsi con la realtà dei bisogni tecnici che la patologia del paziente richiede¹²⁷³. Egli, quindi, non può procedere in mancanza di attente verifiche sui mezzi tecnici senza assumersi gravi responsabilità e rischi quando i mezzi tecnici non siano adeguati, ma il suo prudente atteggiamento deve prevedere l'invio del paziente presso strutture che

¹²⁶⁷ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹²⁶⁸ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹²⁶⁹ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹²⁷⁰ Cass. pen., sez. IV, 18 maggio 2005, n. 18568, in *Riv. Pen.*, 2006. Si veda N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹²⁷¹ Cass. civ., sez. III, 25 maggio 2010, n. 12801, in *Diritto & Giustizia*. Si veda N. Posteraro, op. cit., 67.

¹²⁷² N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹²⁷³ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

posseggano strumenti avanzati che possano fornire una prestazione più adeguata¹²⁷⁴. I giudici di merito hanno chiarito che l'omesso immediato trasferimento del paziente, in caso di emergenza, presso strutture specializzate, configuri la colpa del medico¹²⁷⁵. È invece esclusa la responsabilità del medico dipendente, con addebito a carico della struttura ospedaliera, nei casi in cui il paziente abbia contratto un'infezione nosocomiale, purché il medico sia immune da ogni responsabilità ovvero censura relativamente al suo intervento, ed abbia fornito la prova che l'infezione si sia verificata nonostante egli abbia vigilato sull'effettiva applicazione delle misure di prevenzione e sicurezza della sala operatoria, dei locali limitrofi, degli strumenti chirurgici, ecc.¹²⁷⁶ Può esservi, inoltre, colpa medica quando vi è un errore diagnostico, dato che la correttezza di una diagnosi dipende da un'esatta e approfondita anamnesi, dalla effettiva valutazione dei sintomi e dei risultati dell'esame clinico del paziente e delle analisi strumentali e di laboratorio: ad esempio, una colpa nella diagnosi può aversi nei casi di erronea lettura di una radiografia¹²⁷⁷. L'errore diagnostico è il più ricorrente nel settore medico e si riflette nella terapia operata dal medico; esso può ravvisarsi qualora il medico sbagli nel diagnosticare la malattia, ovvero, qualora ometta di rilevarla. In verità, al medico è imputabile l'errore di diagnosi laddove il quadro clinico del paziente risultante dagli esami indichi una patologia non confondibile¹²⁷⁸. Laddove la situazione sintomatologica e l'esito delle indagini siano contraddittori, invece, non è comunque possibile imputare al medico l'errore diagnostico¹²⁷⁹. Per la giurisprudenza è condannabile anche l'intempestiva diagnosi, allorché il ritardo diagnostico determini un maggiore sviluppo della malattia e le conseguenze più gravi per la salute dell'ammalato, indifferentemente se queste consistano in dolori più acuti o più prolungati nel tempo, in effetti collaterali più pesanti ovvero nell'irrimediabile perdita di funzionalità dell'organismo o di parti di esso¹²⁸⁰. Un profilo particolare di danno connesso alla fase diagnostica, infine, riguarda il caso di omessa diagnosi di gravidanza

¹²⁷⁴ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹²⁷⁵ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹²⁷⁶ Trib. Bologna sez. III, 21 marzo 2008, in *"La Responsabilità Civile"*. Questa pronuncia fornisce l'occasione di affrontare il tema della sicurezza delle cure in sanità, espressamente contemplato dalla nuova legge, all'articolo 1, rubricato *"Sicurezza delle cure in sanità"*: a questo proposito, il legislatore specifica che alle attività di prevenzione del rischio messe in atto dalle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche o private, è tenuto a concorrere tutto il personale, compresi i liberi professionisti che vi operino in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale (comma 3). Si veda N. Posteraro, op. cit., 67.

¹²⁷⁷ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹²⁷⁸ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹²⁷⁹ Alla medesima conclusione giunge la Cass. Pen., sentenza 12 giugno 2017, n. 29053. Si veda N. Posteraro, op. cit., 67.

¹²⁸⁰ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

in corso, quando ciò impedisca alla gestante di ricorrere all'aborto nel termine legislativamente previsto, oppure, nei casi di c.d. accanimento diagnostico, rinvenibile laddove il sanitario sottoponga il paziente ad esami diagnostici inutili, al fine di comprendere quale sia la patologia da cui esso risulti eventualmente affetto¹²⁸¹. Successivamente alle principali e ricorrenti ipotesi di colpa medica riportate, è necessario illustrare le nozioni privatistiche in tema di responsabilità civile, ovvero, giuridicamente, si intende la soggezione personale all'obbligo del risarcimento del danno per la violazione del dovere giuridico, che, è un concetto distinto da quello della responsabilità patrimoniale, definibile come la soggezione del patrimonio del debitore al diritto di espropriazione forzata dei creditori¹²⁸². La responsabilità civile, notoriamente, si divide in contrattuale ed extracontrattuale. Con la prima è sanzionato l'inadempimento dell'obbligazione che è sorta tra le parti, mentre la seconda scaturisce dall'incontro episodico e occasionale tra due sfere giuridiche prima non incrociate¹²⁸³. Entrambe si sostanziano nella sanzione per la violazione del dovere giuridico: per la prima è l'obbligo specifico verso il creditore, per la seconda è l'obbligo generico verso i consociati. La responsabilità extracontrattuale, detta anche aquiliana – dal nome del plebiscito del III secolo a.C. in materia di risarcimento del danno, la *Lex Aquilia* del diritto romano – si configura quindi quale espressione del generale principio del *neminem laedere*¹²⁸⁴. Il riferimento normativo, all'interno del Codice civile italiano, è nel Libro IV, “*Delle obbligazioni*”. Per la responsabilità contrattuale è l'art. 1218: “*Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*”¹²⁸⁵. Per la responsabilità extracontrattuale è l'art. 2043: “*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*”. L'illecito aquiliano è costituito da elementi oggettivi e soggettivi: con i primi si intende il nesso eziologico ed il danno ingiusto e con i secondi il dolo e la colpa, cioè la colpevolezza, con l'imputabilità. Il nesso di causalità è il legame tra la condotta e l'evento lesivo e la conseguenza dannosa¹²⁸⁶. Il danno ingiusto è l'evento corrispondente alla lesione dell'interesse tutelato e non va confuso con il danno

¹²⁸¹ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹²⁸² N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹²⁸³ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹²⁸⁴ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹²⁸⁵ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹²⁸⁶ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

conseguenza, patrimoniale o non patrimoniale, oggetto proprio del risarcimento¹²⁸⁷. La colpevolezza, che si traduce in dolo o colpa, è l'elemento psicologico, è un concetto che riprende i principi del diritto penale, in particolare quanto enunciato dall'art. 43 c.p. Si parla di colpa professionale con riguardo all'inosservanza della cosiddetta diligenza professionale, *ex art.* 1176, comma 2, con pregiudizio di terzi¹²⁸⁸. La responsabilità aquiliana viene limitata ai casi di dolo o colpa grave per il professionista intellettuale, qualora la prestazione implichi la risoluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà. La norma di riferimento è l'articolo 2236 c.c., che pur se dettato nell'ambito del rapporto d'opera intellettuale, si intende applicabile anche alla responsabilità extracontrattuale¹²⁸⁹. Quanto all'imputabilità, essa è la possibilità di attribuire ad un soggetto il compimento di un fatto. L'art. 2046 c.c. la individua con riferimento alla capacità di intendere e di volere, di cui abbiamo ampiamente discusso. Non è, infatti, imputabile chi non è capace di intendere e di volere al momento in cui ha commesso il fatto dannoso, sempreché lo stato d'incapacità non sia colposo¹²⁹⁰. Come già anticipato, l'ordinamento prevede poi esimenti di responsabilità, cioè condizioni al ricorrere delle quali la responsabilità va esclusa: caso fortuito, forza maggiore, stato di necessità, legittima difesa, consenso dell'avente diritto, esercizio di un diritto, adempimento di un dovere¹²⁹¹. Relativamente alle possibili conseguenze del danno evento, si sottolinea come queste siano di natura patrimoniale oppure non patrimoniale¹²⁹². Il danno patrimoniale corrisponde al danno emergente e al lucro cessante, cioè rispettivamente la perdita subita ed il mancato guadagno. Mentre il danno non patrimoniale, da considerare unitariamente, si scandisce in danno biologico, danno morale e danno esistenziale¹²⁹³. Approfondendo nel dettaglio la responsabilità professionale del medico, essa è intesa in vari modi: l'orientamento risalente riteneva che l'inquadramento più corretto fosse nel senso della sola applicazione dell'art. 2043 c.c., tenuto conto del fatto che il paziente instaura quasi sempre un rapporto contrattuale direttamente con il solo ente, ospedali o case di cura, non anche con il medico¹²⁹⁴. In questa ottica si affermava il c.d. "concorso di responsabilità", contrattuale a carico della struttura, aquiliana a carico del medico

¹²⁸⁷ N. Posteraro, *op. cit.*, 67 ss.

¹²⁸⁸ N. Posteraro, *op. cit.*, 67 ss.

¹²⁸⁹ N. Posteraro, *op. cit.*, 67 ss.

¹²⁹⁰ N. Posteraro, *op. cit.*, 67 ss.

¹²⁹¹ N. Posteraro, *op. cit.*, 67 ss.

¹²⁹² N. Posteraro, *op. cit.*, 67 ss.

¹²⁹³ N. Posteraro, *op. cit.*, 67 ss.

¹²⁹⁴ N. Posteraro, *op. cit.*, 67 ss.

dipendente¹²⁹⁵. Tuttavia nella generalità dei casi, a rispondere civilmente degli eventuali danni ingenerati nel paziente era solo la struttura sanitaria. In un secondo momento ci si è resi conto della eccessiva severità della soluzione e della sua incongruenza complessiva: il contratto d'opera professionale, nel quale si inquadra comunemente il rapporto, prevede infatti all'art. 2236 c.c. che se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, la responsabilità è limitata ai soli casi di dolo o colpa grave, in deroga al dettato *ex art. 1176 c.c.*¹²⁹⁶ Detta deroga, avrebbe potuto esonerare da responsabilità la sola struttura sanitaria coinvolta, in applicazione del 1228 c.c., rubricato "*Responsabilità per fatto degli ausiliari*", e non anche il medico agente, nonostante essa fosse stata voluta dal legislatore proprio al fine di tutelare quest'ultimo¹²⁹⁷. Alla luce di queste difficoltà è stato applicato l'art. 2236 c.c. sia all'operato dell'ente ospedaliero, sia all'attività del medico, per l'assorbente carattere professionale dell'attività svolta da quest'ultimo¹²⁹⁸. Tuttavia sia la dottrina sia la giurisprudenza hanno fatto rientrare il rapporto tra medico dipendente e paziente tra quelli di natura contrattuale, facendo ricorso, parte degli studiosi, all'istituto del contratto a favore di terzo, affermando che la struttura, nel momento in cui assicura la prestazione del medico, stabilisce, di fatto, che il beneficiario di questa sarà il paziente; altri, invece, si sono riferiti ai contratti con effetti protettivi nei confronti di un terzo, affermando che si tratterebbe di un contratto, quello tra medico e struttura, dal quale sarebbe deducibile un diritto del terzo, il paziente, non al conseguimento della prestazione principale, ma alla sua esecuzione con una diligenza tale che si possa evitare un danno¹²⁹⁹. Entrambe queste opinioni sono state criticate dalla Corte di Cassazione, la quale ha ritenuto che "*il soggetto danneggiato che agisce non aziona il contratto esistente tra l'ente ed il medico, di cui egli sarebbe il terzo beneficiario, cioè in senso lato il contratto di lavoro autonomo, ma aziona il diverso contratto intervenuto tra lui e l'ente gestore per ottenere la prestazione sanitaria, rispetto al quale egli non è terzo beneficiario, ma parte contrattuale*"¹³⁰⁰. Non mancava poi chi sosteneva che la responsabilità del medico dipendente da una struttura sanitaria, nei confronti del paziente, avesse natura contrattuale e trovasse la sua giustificazione in una obbligazione che deriva dalla legge: il medico è un soggetto avente particolari capacità e competenze,

¹²⁹⁵ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹²⁹⁶ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹²⁹⁷ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹²⁹⁸ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹²⁹⁹ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁰⁰ Cass. civ., n. 589 del 1999, in *Danno e Responsabilità*, 1999. Si veda N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

per cui, una volta conseguita l'abilitazione, non è più un *quisque de populo*, ma un soggetto su cui, in virtù del dovere di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., grava l'obbligo di tutelare e garantire un possibile ottimale stato di salute della persona, tutte le volte in cui si sia richiesta la sua attività professionale¹³⁰¹. L'assunzione in cura da parte dell'ospedale e l'assegnazione del paziente a un certo medico o a una certa équipe medico-sanitaria, in quest'ottica, sono i fatti che costituiscono, per legge, la fonte del c.d. rapporto di cura, il quale ha natura contrattuale, posto che si articola in una serie di prestazioni e di obblighi specifici, come la lealtà, la diligenza, la perizia professionali, di carattere informativo prima e dopo il trattamento sanitario e perfino dopo la risoluzione del contratto di cura ospedaliero¹³⁰². L'ultimo approdo dottrinale e giurisprudenziale, fino alla recente modifica intervenuta con la legge n. 24/2017, qualificava la responsabilità in commento come contrattuale da c.d. contatto sociale¹³⁰³. Non ravvisando, però, l'effettiva esistenza di un contratto stipulato tra le parti, gli obblighi in questione non avevano per oggetto la prestazione, bensì la protezione della sfera di coloro cui essi si rivolgevano¹³⁰⁴. Ciò in quanto *“poiché sicuramente sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente, nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione, e la violazione di esso si configura come “culpa in non faciendo”, la quale dà origine a responsabilità contrattuale. In questa prospettiva, quindi, si ammette che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrano in contatto, senza che tale contatto riproduca le note ipotesi negoziali, e pur tuttavia ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso”*¹³⁰⁵. Più correttamente, la figura del contatto sociale è stata annoverata tra le fonti non contrattuali dell'obbligazione, cioè tra gli “altri” fatti o atti, diversi dal contratto e dall'illecito, idonei a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico, ai sensi dell'art. 1173¹³⁰⁶. Giova ricordare che l'espressione “responsabilità contrattuale” non è riferibile solamente alle obbligazioni che discendono da contratto, bensì riguarda l'inadempimento o inesatto adempimento di ogni tipo di obbligazione, che fra le parti preesista. In passato, questa teoria suscitò critiche, sempre più

¹³⁰¹ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁰² N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁰³ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁰⁴ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁰⁵ Cass. civ., n. 589 del 1999, in *Danno e Responsabilità*, 1999. Si veda N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁰⁶ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

insistenti¹³⁰⁷. In particolare si ritenne artificioso scindere la prestazione che il medico deve alla struttura sanitaria da quella dovuta al paziente¹³⁰⁸. Si osservò, inoltre, che non v'era l'esigenza di ricondurre in capo al medico e al paziente una intera posizione contrattuale, ossia una serie di diritti e di obblighi che sono ultronei rispetto al loro rapporto e che trovano invece la loro ragione d'essere in altro vincolo, quella tra il paziente e l'ospedale: si affermava a tal proposito che l'interesse del paziente a non subire i danni connessi all'esecuzione del contratto non poteva non coincidere con l'interesse dello stesso paziente all'esatto adempimento del contratto di ospedalità, che è quello stipulato con la struttura, e ciò comportava la difficoltà di distinguere la prestazione che il medico deve alla struttura sanitaria dalla prestazione che il paziente pretenderebbe dal medico¹³⁰⁹. Infine, importante era la considerazione che in tal modo veniva ad ingenerarsi uno schema contrattuale nel quale mancava un obbligo di prestazione, suscettibile di esecuzione in forma specifica, ricostruendo l'istituto del contatto sociale qualificato in termini di rapporto contrattuale dal quale scaturisce esclusivamente un obbligo di protezione in capo al medico e a favore del paziente¹³¹⁰. Comunque la dottrina e la giurisprudenza hanno continuato a dare applicazione al principio della responsabilità medica come responsabilità contrattuale e fino al 2012 questo orientamento sembrava pacifico e l'entusiasmo dell'istituto di matrice tedesca, del contratto sociale qualificato, ne ha esteso la portata applicativa in altri settori, persino alla c.d. responsabilità precontrattuale, di cui all'art. 1337 c.c.¹³¹¹ Ravvisabile è ad oggi un contatto sociale qualificato ogni qual volta che le parti del rapporto abbiano un fine comune e ciascuna confidi nella buona fede dell'altra¹³¹². Dal 2012, con l'entrata in vigore del c.d. decreto Balduzzi, 158 del 2012, alcuni giudici ed alcuni autori hanno affermato la possibilità di riconoscere alla responsabilità del medico dipendente una natura extracontrattuale, poiché all'articolo 3, ad oggi abrogato, si prevedeva che *“l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile”*¹³¹³. Alcuni giudici ritenevano che fosse stato

¹³⁰⁷ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁰⁸ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁰⁹ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³¹⁰ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³¹¹ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³¹² N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³¹³ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

operato un ritorno al passato¹³¹⁴. Altra parte sostenne che *“atteso che il richiamo all’articolo 2043 è limitato alla individuazione di un obbligo, senza alcuna indicazione di merito ai criteri da applicare nell’accertamento della responsabilità risarcitoria, non sussistono ragioni per ritenere che la novella legislativa incida direttamente sull’attuale ricostruzione della responsabilità medica e che imponga un revirement giurisprudenziale (...) per quanto l’articolo 2043 costituisca la norma cardine della responsabilità risarcitoria da fatto illecito, la concreta disciplina della responsabilità aquiliana è contenuta altrove (...) non può dunque affermarsi che richiamare un obbligo equivalga a richiamare una intera disciplina e deve quindi concludersi che il riferimento all’articolo 2043 (...) sia del tutto neutro rispetto alle regole applicabili e consenta di continuare ad utilizzare i criteri propri della responsabilità contrattuale”*¹³¹⁵. Da ultimo, la Corte di Cassazione, con sentenza n. 8940 del 2014, aderì alla tesi minimalista, affermando che tale rapporto ha natura contrattuale: *“l’articolo 3, comma 1, della Legge n. 189 del 2012, là dove omette di precisare in che termini si riferisca all’esercente la professione sanitaria e concerne nel suo primo inciso la responsabilità penale, comporta che la norma dell’inciso successivo, quando dice che resta comunque fermo l’obbligo di cui all’articolo 2043 c.c., poiché in “in lege aquilia et levissima culpa venit”, vuole significare che il legislatore si è soltanto preoccupato di escludere l’irrelevanza della colpa lieve in ambito di responsabilità extracontrattuale, ma non ha inteso prendere alcuna posizione sulla qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità di quella natura. La norma, dunque, non induce il superamento dell’orientamento tradizionale sulla responsabilità da contatto e sulle sue implicazioni”*¹³¹⁶. Alla luce della nuova legge, la 24 del 2017, l’art. 3, comma 1, del decreto Balduzzi, è stato abrogato, contenente il riferimento all’art. 2043, ed è stato introdotto con essa l’art. 7, comma 3, rubricato *“Responsabilità civile della struttura e dell’esercente la professione sanitaria”*, che stabilisce che la responsabilità del medico è di natura extracontrattuale, salvo che questi abbia agito nell’adempimento di un’obbligazione contrattuale assunta con il paziente¹³¹⁷. È bene in questa sede ricordare alcune differenze tra la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: mentre nella contrattuale il creditore può limitarsi a dedurre l’inadempimento ed il titolo dell’obbligazione, dato che è il debitore che deve

¹³¹⁴ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³¹⁵ Tribunale di Arezzo, 14 febbraio 2013. Si veda N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³¹⁶ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³¹⁷ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

provare che l'inadempimento non dipende da causa a lui imputabile, *ex art.* 1218 c.c., nella responsabilità extracontrattuale egli deve tenere conto anche della sussistenza del dolo e della colpa, in quanto su di esso incombe l'onere della prova¹³¹⁸. Inoltre, mentre il termine di prescrizione in tema di responsabilità extracontrattuale è quello ordinario decennale, in tema di responsabilità extracontrattuale il termine è quinquennale, e vale quanto prescritto dall'art. 2947 c.c.¹³¹⁹ *Prima facie*, può sembrare che la novella legislativa abbia privilegiato la posizione del sanitario danneggiante, a svantaggio del paziente danneggiato che sarà costretto, per ottenere ristoro del pregiudizio subito, a provare tutti gli elementi dai quali scaturisce la responsabilità *ex art.* 2043 c.c.¹³²⁰ Tuttavia, si deve ricordare che nella responsabilità contrattuale, qualora l'inadempimento non dipenda da dolo del debitore, costui risponde soltanto dei danni prevedibili al tempo dell'insorgenza dell'obbligazione. L'art. 2056 c.c., infatti, non richiama il disposto normativo di cui all'art. 1225 c.c. Dunque, l'autore dell'illecito extracontrattuale deve risarcire tutti i danni, compresi anche quelli imprevedibili¹³²¹. Vi sono, quindi, come si è avuto modo di vedere vari rapporti che vengono a esistere tra i soggetti interessati da una prestazione medica: il rapporto tra il medico ed il paziente; il rapporto tra la struttura pubblica-privata ed il paziente; il rapporto tra il medico e la struttura pubblica-privata¹³²². In relazione alla relazione intercorrente tra il medico ed il paziente, occorre distinguere i casi in cui il medico agisca come dipendente di una struttura ospedaliera ovvero privata, da quelli in cui questi agisca come libero professionista¹³²³. In quest'ultimo caso, la responsabilità, contrariamente a quanto avviene negli ordinamenti dell'area di Common law, ove persiste la tendenza a radicarla nell'ambito della responsabilità aquiliana (*torts*), è di natura contrattuale; più specificamente, il contratto è di prestazione professionale¹³²⁴. Per ciò che attiene invece il sanitario che presta servizio presso una struttura sanitaria, pubblica o privata che sia, si è rilevato che si sono succedute, nel tempo, posizioni apertamente contrastanti: esse

¹³¹⁸ N. Posteraro, *op. cit.*, 67 ss.

¹³¹⁹ N. Posteraro, *op. cit.*, 67 ss.

¹³²⁰ N. Posteraro, *op. cit.*, 67 ss.

¹³²¹ Il Tribunale di Milano, con sentenza n. 6919 del 21 giugno 2017, su www.rivistaresponsabilitamedica.it, conformemente a quanto disposto dalla nuova legge, ha dato concretezza al c.d. "doppio binario di responsabilità" da essa introdotto, qualificando come contrattuale la responsabilità della struttura ed extracontrattuale la responsabilità del medico. Nel caso di specie, si trattava di danni cagionati dalla imperita esecuzione di un intervento di asportazione per via trans-nasosfenoidale di un meningioma cerebrale: nel corso dell'intervento, si era verificata la resezione della carotide sinistra, con conseguente complicanze, progressivo deterioramento delle condizioni di salute della paziente ed infine decesso della stessa. Si veda N. Posteraro, *op. cit.*, 67 ss.

¹³²² N. Posteraro, *op. cit.*, 67 ss.

¹³²³ N. Posteraro, *op. cit.*, 67 ss.

¹³²⁴ Cass. civ., 1 marzo 1998, sez. III, n. 2144, in *Foro Italiano*. Si veda N. Posteraro, *op. cit.*, 67 ss.

hanno riconosciuto alla responsabilità del medico dipendente una natura ora contrattuale, ora extracontrattuale¹³²⁵. I liberi professionisti, invece, sono quei medici che offrono i loro servizi in qualità di lavoratori autonomi, sia quelli che svolgano attività “intramoenia”, cioè operatori in strutture sanitarie di cui sono dipendenti, ovvero extramuraria se operino in altri luoghi, ad esempio in uno studio privato¹³²⁶. I primi soltanto sono assoggettati sicuramente alla responsabilità contrattuale, mentre i medici che operano intramoenia, infatti, sono, ai sensi dell’art. 7, comma 3 della legge Gelli, sono assoggettati al regime della responsabilità contrattuale solo laddove abbiano agito nell’adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente; in caso contrario, la loro responsabilità ha natura extracontrattuale, *ex art. 2043 c.c.*¹³²⁷

5.2 L’accertamento della responsabilità: il nesso di causalità e l’elemento soggettivo

Proseguendo il discorso, il nesso di causalità è elemento strutturale dell’illecito, che si colloca sul piano strettamente oggettivo e che individua la relazione esterna tra il comportamento posto in essere e l’evento lesivo di cui ci si duole¹³²⁸. La Suprema Corte di Cassazione ha precisato che, solo una volta accertato il nesso di causalità, è possibile passare alla valutazione dell’elemento soggettivo, il quale si configura quale limite alla oggettiva predicabilità della accertata responsabilità¹³²⁹. Secondo la giurisprudenza di legittimità, in punto di nesso causale, l’accertamento del nesso di causalità tra comportamento ed evento dannoso deve avvenire in prima istanza e deve prescindere da ogni valutazione di prevedibilità, e, quindi, da ogni riferimento al profilo soggettivo della colpa¹³³⁰. La disciplina del nesso di causalità si rinviene nel Codice penale: l’art. 40 c.p., comma 1, fissa un generale principio di causalità, onde nessuno può essere punito se l’evento dannoso o pericoloso da cui dipende l’esistenza del reato non è conseguenza di una sua azione o omissione; nel secondo comma, è stabilito il principio

¹³²⁵ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³²⁶ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³²⁷ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³²⁸ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³²⁹ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³³⁰ Cass. civ., sez. III, 18 aprile 2005, n. 7997. Si veda N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

in tema di responsabilità omissiva, secondo cui “*non impedire un evento, che si ha l’obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*”; l’art. 41 c.p., invece, disciplina il concorso di cause: ai sensi del primo comma, “*il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall’azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità tra l’azione od omissione e l’evento*”; per il comma 2, “*le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono da sole sufficienti a determinare l’evento*”¹³³¹. La dottrina e la giurisprudenza civili sono state ampiamente influenzate dalla riflessione di quelle penalistiche, di cui ne hanno spesso adottato i risultati¹³³². Dal punto di vista della responsabilità civile, il problema del nesso di causa riguarda essenzialmente due profili: l’ampiezza della responsabilità del soggetto convenuto in giudizio a seguito di una sua condotta illecita e la selezione delle eventuali conseguenze dannose derivanti dalla sua condotta attiva od omissiva di cui può essere chiamato a rispondere¹³³³. A questi due distinti problemi giuridici corrispondono, per la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, due distinti accertamenti eziologici e dunque due diversi nessi di causa: un primo nesso definito di causalità materiale che lega la condotta tenuta all’evento dato dalla lesione dell’interesse giuridicamente tutelato, il quale intende stabilire se l’evento sia o meno addebitabile alla condotta materiale di un determinato soggetto; un secondo nesso di causa definito causalità giuridica, il cui scopo è appurare l’esistenza e l’ampiezza dei pregiudizi riconducibili all’evento dannoso¹³³⁴. Dunque, l’indagine causale è diretta a ricostruire storicamente gli eventi, sul piano fattuale, e a verificare se in una relazione, in astratto causale, tra i fatti sia possibile affermare che la premessa abbia cagionato l’effetto, secondo i canoni normativi che appartengono al nostro ordinamento giuridico¹³³⁵. L’obbligo risarcitorio, allora, sorge quando siano positivamente accertati tre fatti giuridici, ovvero condotta, lesione ed evento, legati da due nessi causali, ovvero causalità materiale tra la condotta e la lesione e la causalità giuridica tra quest’ultima ed il danno¹³³⁶. Nel codice civile ci sono comunque riferimenti al nesso di causalità *ex artt.* 2043 e 1223 c.c., richiamato quest’ultimo dall’art. 2056 in tema di responsabilità aquiliana, i quali statuiscono, rispettivamente, che “*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a*

¹³³¹ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³³² N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³³³ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³³⁴ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³³⁵ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³³⁶ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

risarcire il danno”, e che *“Il risarcimento del danno per l’inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne sia conseguenza immediata e diretta”*¹³³⁷. Per quanto riguarda l’accertamento del nesso di causalità materiale, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite si è pronunciata con la nota sentenza *“Franzese”*, n. 30328 del 2002, in una fattispecie nella quale è stata ritenuta legittimamente affermata la responsabilità di un sanitario per omicidio colposo dipendente dall’omissione di una corretta diagnosi, dovuta a negligenza e imperizia, e del conseguente intervento che, se effettuato tempestivamente, avrebbe potuto salvare la vita del paziente, specificando che *“Nel reato colposo omissivo improprio il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l’azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l’interferenza di decorsi causali alternativi, l’evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva”*¹³³⁸. In linea con detta sentenza si sono poi pronunciate reiteratamente le sezioni semplici della Cassazione penale, affermando che in tema di causalità nella responsabilità professionale del sanitario, per individuare o escludere il nesso causale, non ci si può basare esclusivamente sui meri dati statistici ovvero su criteri valutativi a struttura probabilistica, essendo invece imposto al giudice il dovere di verificare la validità nel caso concreto¹³³⁹. Nel 2006, con sentenza n. 11755 la Corte di Cassazione civile affermò, tuttavia, che il criterio dell’alto grado di probabilità logica e di credibilità razionale trovano applicazione nel solo diritto penale e nelle fattispecie omissive, mentre nelle ipotesi di responsabilità civile la verifica probabilistica può arrestarsi su soglie meno elevate di accertamento controfattuale, il c.d. criterio del *“più probabile che non”*¹³⁴⁰. Allo stato, quindi, nei giudizi civili di risarcimento del danno da responsabilità medica, compete all’attore, paziente danneggiato, dimostrare l’esistenza del nesso di causalità materiale tra la condotta del medico ed il danno di cui chiede il risarcimento, secondo il criterio del *“più probabile che non”*¹³⁴¹. In tema di responsabilità civile

¹³³⁷ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³³⁸ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³³⁹ Cass. pen., n. 36805 del 2004; Cass. pen., n. 45101 del 2004, in *Guida al Diritto*. Si veda N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁴⁰ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁴¹ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

perché sorga un'obbligazione risarcitoria aquiliana occorre non soltanto un fatto lesivo, sorretto dalla causalità materiale, ma anche un danno conseguenza di tale fatto lesivo, retto, a propria volta, dalla causalità giuridica¹³⁴². La Corte di Cassazione ha affermato, dunque, che la sentenza di condanna generica pronunciata nel corso di un giudizio di risarcimento del danno aquiliano, di norma, presuppone il positivo accertamento del nesso di causalità materiale tra la condotta e l'evento lesivo *ex art. 40 c.p.*, dovendosi accertare nel successivo giudizio relativo al *quantum* il danno ed i pregiudizi che ne sono derivati¹³⁴³. Il principio a cui si deve far riferimento per l'accertamento della causalità giuridica è contenuto nell'articolo 1223 c.c., a tenore del quale sono risarcibili i danni immediati e diretti in quanto normale conseguenza dell'evento lesivo, secondo l'*id quod plerumque accidit* o secondo le norme di comune esperienza: ai fini dell'accertamento del rapporto di causalità giuridica, è sufficiente che la condotta del danneggiante si ponga quale causa dell'evento dannoso secondo il principio dell'*id quod plerumque accidit*, la c.d. teoria della causalità adeguata o regolarità causale, a tal fine rilevando che l'evento dannoso verificatosi possa ascrivere nel novero delle conseguenze normali e ordinarie della condotta in parola¹³⁴⁴. L'articolo 1223 c.c. è stato interpretato, pertanto, in maniera elastica ed estensiva, in modo da ricomprendere nel risarcimento anche i danni indiretti e mediati che si presentino quale conseguenza normale dell'illecito secondo il principio della c.d. regolarità causale, ossia secondo un giudizio probabilistico rapportato all'apprezzamento dell'uomo di ordinaria diligenza¹³⁴⁵. Si deve, in proposito, tener presente che il giudizio sulla causalità giuridica prescinde da quello sulla colpevolezza, atteso che l'accertamento del nesso di causalità giuridicamente rilevante ricorre non solo riguardo ai fatti direttamente attribuibili al soggetto agente, ma anche quando questi risponda per fatti commessi da terzi¹³⁴⁶. Infatti, l'obbligo risarcitorio può gravare su determinati soggetti anche qualora il danno sia stato cagionato per fatto illecito commesso materialmente da altri al fine di fornire una più ampia garanzia al soggetto leso¹³⁴⁷. A titolo esemplificativo, si pensi all'ipotesi del danno cagionato dal soggetto incapace di intendere e di volere, *ex art. 2047 c.c.* Dall'articolo 42, comma 2, c.p., come già ho anticipato, si ricava il principio di causalità omissiva, il quale prevede che “*non impedire un evento che si ha l'obbligo*

¹³⁴² N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁴³ Cass. civ., sez. III, n. 3357 del 2009. Si veda N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁴⁴ Trib. Brindisi Fasano, 10 febbraio 2010. Si veda N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁴⁵ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁴⁶ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁴⁷ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

giuridico di impedire equivale al cagionarlo”¹³⁴⁸. La condotta omissiva può quindi essere assunta come causa di un evento dannoso, quando l’omittente abbia violato un obbligo giuridico di impedire l’evento¹³⁴⁹. Il primo accertamento da compiere per valutare l’esistenza o meno della causalità omissiva, pertanto, consiste nell’individuazione di un dovere di attivarsi di carattere specifico o generico che si sostanzia in un obbligo giuridico di impedire l’evento¹³⁵⁰. Tale obbligo può essere imposto da una norma di legge, da una clausola contrattuale, da una specifica attività intrapresa a tutela di un diritto di terzi, da un rapporto di fatto o in generale da una specifica situazione che esiga una determinata attività a tutela di un diritto altrui e deve essere predeterminato proprio per evitare la realizzazione di quel tipo di evento¹³⁵¹. La giurisprudenza di legittimità ha recentemente confermato tale assunto affermando che *“In tema di responsabilità colposa per omissione, quest’ultima rileva, quale condizione determinativa del processo causale dell’evento dannoso, soltanto quando si tratti di omissione di un comportamento imposto da una norma giuridica specifica, la c.d. omissione specifica, ovvero, in relazione al configurarsi della posizione del soggetto cui si addebita l’omissione, siccome implicante l’esistenza a suo carico di particolari obblighi di prevenzione dell’evento poi verificatosi e, quindi, di un generico dovere di intervento, c.d. omissione generica, in funzione dell’impedimento di quell’evento. Ne consegue che il giudizio relativo alla sussistenza del nesso causale postula la preventiva individuazione dell’obbligo specifico o generico di tenere la condotta omessa in capo al soggetto”*¹³⁵². L’individuazione dell’obbligo, specifico o generico, si connota quindi come preliminare per l’apprezzamento di una condotta omissiva sul piano della causalità giuridica. Una volta accertata la sussistenza di un obbligo giuridico di agire, occorre, poi, verificare se l’azione omessa avrebbe, nel caso concreto, impedito il verificarsi di quel determinato evento dannoso; tale verifica deve essere fatta per il tramite di un giudizio probabilistico, desumibile da regole statistiche o leggi scientifiche, che dia per realizzata l’azione omessa e verifichi con quale grado di verosimiglianza tale condotta avrebbe scongiurato l’evento finale¹³⁵³. In ambito medico, la Corte di Cassazione ha statuito che, laddove la condotta del medico sia omissiva, è configurabile il nesso causale tra tale condotta ed il pregiudizio subito dal paziente

¹³⁴⁸ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁴⁹ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁵⁰ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁵¹ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁵² Cass. civ., sez. III, n. 16508 del 2017. Si veda N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁵³ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

qualora, attraverso un criterio necessariamente probabilistico, si ritenga che l'opera del medico, se correttamente e prontamente prestata, avrebbe avuto serie ed apprezzabili possibilità di evitare il danno verificatosi¹³⁵⁴. La giurisprudenza di merito ha specificato, inoltre, in tema di condotta omissiva, che, nella causalità omissiva o ipotetica, il giudice, in forza della clausola generale di equivalenza prevista dall'art. 40 c.p., è tenuto ad accertare se l'evento lesivo sia ricollegabile all'omissione nel senso che esso non si sarebbe verificato se l'agente avesse posto in essere la condotta doverosa impostagli secondo le regole di avvedutezza e diligenza che devono guidare l'*homo eiusdem condicionis ac professionis*¹³⁵⁵. Pertanto, il ragionamento sul rapporto causale, a detta dei giudici di merito, deve basarsi su regole di natura probabilistica tali da consentire una generalizzazione sul nesso di condizionamento omissione/evento, nel senso che se l'azione doverosa fosse intervenuta, l'evento-danno si sarebbe evitato, sicché, essendosi per converso verificato, esso può essere oggettivamente imputato, per la presenza della causalità normativa, alla condotta omissiva, che viene così a costituire l'antecedente necessario dell'evento¹³⁵⁶. L'accertamento del rapporto di causalità ipotetica deve poi necessariamente passare attraverso l'enunciato "controfattuale" che pone al posto dell'omissione il comportamento alternativo dovuto, onde verificare se la condotta doverosa avrebbe assicurato apprezzabili probabilità di evitare o ridurre il danno lamentato¹³⁵⁷. In particolare, è stato statuito che "*L'esatto principio secondo cui, non avendo l'art. 2056 c.c. richiamato l'art. 1225 c.c., quest'ultimo non si applica in tema di responsabilità extracontrattuale, nella quale quindi sono risarcibili sia i danni prevedibili che quelli imprevedibili, attiene al nesso di causalità giuridica di cui all'art. 1223 c.c., tra fatto illecito e danno, e non a quello di causalità materiale di cui agli artt. 40 e 41 c.p., tra condotta e danno; la prevedibilità del danno richiesta dall'art. 1225 c.c. riguarda il danno considerato non tanto nella sua intrinseca realtà, quanto nel suo concreto ammontare, sicché, ad integrare l'esistenza di tale requisito, non è sufficiente il riferimento ad una astratta prevedibilità del danno stesso, dovendo ritenersi, per converso, che il concreto ammontare del risarcimento non può eccedere l'entità prevedibile nel momento in cui è sorta l'obbligazione inadempita*"¹³⁵⁸. Quanto alle concause eventualmente incidenti, umane o naturali, le stesse escludono il nesso causale se siano state da sole sufficienti a determinare l'evento ai sensi del combinato disposto

¹³⁵⁴ Cass. civ., sez III, n. 10743 del 2009, in *Nuova Giur. Civ.* Si veda N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁵⁵ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁵⁶ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁵⁷ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁵⁸ Tribunale Reggio Emilia, sez. II, 28 gennaio 2008. Si veda N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

degli artt. 40, 41 e 45 c.p. Nel caso contrario, invece, le circostanze si atteggiavano in maniera differente¹³⁵⁹. Per quanto riguarda le concause naturali nel 2009 la Corte di legittimità, con sentenza n. 975 del 2009, ha affermato che ove la produzione di un evento dannoso sia riconducibile, sotto il profilo eziologico, alla concomitanza della condotta del sanitario e del fattore naturale rappresentato dalla situazione patologica del soggetto deceduto, la quale non sia legata all'anzidetta condotta da un nesso causale, il giudice *“deve procedere, eventualmente, anche con criteri equitativi, alla valutazione della diversa efficienza delle varie concause, onde attribuire all'autore della condotta dannosa la parte di responsabilità correlativa, così da lasciare a carico del danneggiato il peso del danno alla cui produzione ha concorso a determinare il suo stato personale”*¹³⁶⁰. Anche nel caso di incertezza sulle cause dell'illecito, infatti, dovrebbe trovare applicazione l'art. 1226 c.c. e ciò per evitare di addossare tutto il risarcimento del danno al responsabile di una sola porzione di esso¹³⁶¹. In tale sede importante è richiamare la sentenza n. 15991 del 2011, che stabilisce che quand'anche il medico abbia fornito, con la propria azione od omissione, un contributo causale solo dell'1% alla produzione del danno, il quale è dovuto per il resto al concorso di cause naturali, egli dovrà comunque rispondere per intero¹³⁶². Le pregresse condizioni di salute del paziente e, più in generale, il concorso di concause naturali alla produzione del danno, vengono invece in rilievo nel momento della liquidazione del danno: più esattamente, nella selezione, tra tutte le conseguenze provocate dall'errore medico, delle sole che siano giuridicamente risarcibili, quali conseguenze immediate e dirette dell'illecito ai sensi dell'art. 1223 c.c.¹³⁶³ Nella sentenza citata la Corte ha escluso che una causa umana possa concorrere con una causa naturale nella produzione di un evento dannoso, causato, nel caso di specie, dalla condotta medica¹³⁶⁴. Tuttavia, ha continuato precisando che sebbene il medico abbia l'obbligo di risarcimento integrale del danno causato con la propria condotta, la misura, il *quantum*, di questo compenso risarcitorio deve tener conto dello stato patologico pregresso in cui versava il soggetto interessato¹³⁶⁵. Recentemente, la giurisprudenza di legittimità ha statuito che, in tema di responsabilità civile, la comparazione tra causa umana imputabile e causa naturale è funzionale esclusivamente a stabilire, in seno all'accertamento della causalità materiale,

¹³⁵⁹ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁶⁰ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁶¹ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁶² N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁶³ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁶⁴ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁶⁵ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

la valenza dell'una rispetto all'altra, cosicché non può operarsi una riduzione proporzionale della responsabilità in ragione della minore gravità dell'apporto causale del danneggiante posto che una comparazione del grado di incidenza eziologica di più cause concorrenti può instaurarsi soltanto tra una pluralità di comportamenti umani colpevoli, ma non tra una causa umana imputabile ed una concausa naturale non imputabile¹³⁶⁶. L'autore del fatto illecito, inoltre, secondo la giurisprudenza recente risponde, in base ai criteri della causalità naturale, di tutti i danni che ne sono derivati, a nulla rilevando che gli stessi siano stati concausati anche da eventi naturali, che possono invece rilevare ai fini della stima del danno, per la causalità giuridica¹³⁶⁷. La giurisprudenza di merito, in proposito, ha recentemente precisato che, qualora la produzione di un evento dannoso possa apparire riconducibile alla concomitanza della condotta umana e del fattore naturale ed autonomo, rappresentato dalla pregressa situazione patologica del danneggiato, il giudice, accertata l'efficienza eziologica della condotta rispetto all'evento, in applicazione della regola di cui all'art. 41 c.p., deve procedere, anche con ricorso a criteri equitativi, alla valutazione della causalità giuridica di ogni singola concausa, si da delimitare l'obbligo risarcitorio dell'autore della condotta, con esclusione delle conseguenze dannose determinate dal fortuito¹³⁶⁸. La Cassazione sul punto è tornata con sentenza n. 19151 del 2018¹³⁶⁹ statuendo che *“in materia di rapporto di causalità nella responsabilità civile, in base ai principi tratti dagli artt. 40 e 41 c.p. generalmente validi di giudizio prognostico secondo il criterio del “più probabile che non” (causalità adeguata), qualora le condizioni ambientali o i fattori naturali che caratterizzano la realtà fisica su cui incide il comportamento imputabile all'uomo siano sufficienti a determinare l'evento di danno indipendentemente dal comportamento medesimo, l'autore dell'azione o della omissione resta sollevato, per intero, da ogni responsabilità dell'evento, non avendo posto in essere alcun antecedente dotato in concreto di efficienza causale; qualora, invece, quelle condizioni non possano dar luogo, senza l'apporto umano, all'evento di danno, l'autore del comportamento imputabile è responsabile per intero di tutte le conseguenze da esso scaturenti secondo un criterio di normalità, non potendo, in tal caso, operarsi una riduzione proporzionale in ragione del minore gravità della sua colpa, in quanto una comparazione del grado di incidenza eziologica di più cause*

¹³⁶⁶ Cass. civ., n. 30922 del 2017. Si veda N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁶⁷ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁶⁸ Trib. Nocera Inferiore, sez. II, 14 marzo 2017. Si veda N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁶⁹ Si veda www.rivistaresponsabilita.it. Si veda N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

*concorrenti può instaurarsi soltanto tra una pluralità di comportamenti umani colpevoli, ma non tra una causa umana imputabile ed una concausa naturale non imputabile. Ne consegue che, a fronte di una sia pur minima incertezza sulla rilevanza di un eventuale contributo “con-causale” di un fattore naturale (quale esso sia), non è ammesso, sul piano giuridico, affidarsi a un ragionamento probatorio semplificato, tale da condurre ipso facto ad un frazionamento delle responsabilità in via equitativa, con relativo ridimensionamento del quantum risarcitorio”*¹³⁷⁰. Per quanto riguarda le concause umane, a meno che la concausa non si ponga come *novus actus interveniens* nei confronti delle condotte degli altri concorrenti, opera il principio in forza del quale il comportamento di un soggetto che concorre nella realizzazione dell’evento dannoso non rileva ai fini dell’accertamento della sussistenza del nesso di causalità materiale: ci si trova dinanzi a più eventi, ciascuno da solo idoneo a produrre l’ingiusto danno, per cui risulta del tutto irrilevante l’eventuale incertezza su quale dei due fatti illeciti sia stato causa immediata e determinante dell’evento; in questi casi si produce un evento lesivo dovuto a più fatti illeciti distinti addebitabili a soggetti diversi¹³⁷¹. Trova, quindi, applicazione l’art. 2055 c.c. che stabilisce il principio di responsabilità solidale dei soggetti danneggianti i quali potranno far valere la diversa efficacia causale del proprio contributo solo nei rapporti interni tra legittimati passivi: ai fini del coinvolgimento nella solidarietà passiva del risarcimento, perciò, è sufficiente per il soggetto un apporto causale minimo ed è richiesta l’unicità dell’evento dannoso ma non dell’intera fattispecie di responsabilità in tutti i suoi elementi costitutivi¹³⁷². Ai sensi dell’art. 2055, comma 1 c.c., ciascuno dei coautori è dunque tenuto in via solidale per l’intero nei confronti del soggetto danneggiato, dato che la ripartizione percentuale del *quantum* dovuto in relazione alle rispettive responsabilità può essere fatta valere solo nei rapporti tra coautori tramite l’azione di regresso che è garantita al *solvens* nei confronti degli altri corresponsabili dal secondo comma della suddetta disposizione normativa¹³⁷³. La giurisprudenza di legittimità ha sottolineato come l’unicità del fatto dannoso, richiesta dall’art. 2055 c.c. per la responsabilità solidale tra gli autori dell’illecito, debba essere intesa in senso non assoluto, ma relativo al danneggiato, ricorrendo, pertanto, tale forma di responsabilità pur se il fatto dannoso sia derivato da più azioni o omissioni, dolose o colpose, costituenti fatti illeciti distinti, ed anche diversi, purché le singole azioni o

¹³⁷⁰ Si veda N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁷¹ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁷² N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁷³ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

omissioni abbiano concorso in maniera efficiente alla produzione del danno¹³⁷⁴. In ultimo, è opportuno introdurre il principio di causalità adeguata, secondo il quale nell'ipotesi in cui sussista una situazione astrattamente idonea a fondare una responsabilità per fatto illecito, come nel caso di specie, la causa efficiente sopravvenuta, che abbia i requisiti del caso fortuito e sia idonea a causare da sola l'evento, recide il nesso eziologico tra quest'ultimo e l'attività svolta, producendo effetti liberatori, e ciò anche quando sia attribuibile al fatto di un terzo o del danneggiato stesso: l'evento dannoso deve verificarsi successivamente alla condotta colposa e all'esito di una normale sequenza causale, mentre i fatti successivi idonei a produrre, da soli, l'evento, interrompono detta sequenza ed acquistano rilevanza esclusiva e assorbente nella causazione del danno lamentato, trattandosi di fatti autonomi, eccezionali e atipici rispetto alla serie causale già in atto, che comportano la degradazione delle cause preesistenti al rango di mere occasioni¹³⁷⁵. Come già è stato affermato, in ambito medico, è difficile riscontrare una condotta dolosa, giacché questo vorrebbe dire ravvisare una volontà cosciente del medico di arrecare un danno al paziente¹³⁷⁶. Infatti, sul piano soggettivo, rileva il coefficiente psicologico della colpa, il quale è misura l'avvedutezza dell'agente nel porre in essere un comportamento, e si specifica negli aspetti della negligenza, dell'imprudenza e dell'imperizia¹³⁷⁷. Negligente è quel medico che mostra, con il suo comportamento, trascuratezza, disinteresse e superficialità nei confronti del paziente e che omette, senza giustificato motivo o ragione, di fare quegli accertamenti o di attuare quelle terapie che la maggioranza dei suoi colleghi nelle medesime condizioni avrebbe attuato; imprudente, invece, è quel medico che mostra di non tener conto dei rischi cui espone il proprio paziente, cioè si dimostra incapace di prevederli e, dunque, di prevenirli, visto ch'egli è tenuto non solo a porre in essere tutti i comportamenti e le cautele idonee a scongiurare danni prevedibili, ma anche ad astenersi dal compiere tutti gli atti che, secondo la migliore letteratura, possano risultare fonte di pericolo e rischio per la salute del paziente¹³⁷⁸. Le regole di diligenza e di prudenza non traggono origine da una fonte giuridica. Esse provengono dall'esperienza che, costruita dagli studiosi e dai giuristi, elabora le norme atte ad evitare eventi pregiudizievoli, imponendo comportamenti positivi, diligenti e

¹³⁷⁴ Cass. civ., n. 8643 del 2016. Si veda N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁷⁵ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁷⁶ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁷⁷ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁷⁸ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

vietandone degli altri, imprudenti¹³⁷⁹. Con riferimento alla prudenza, la giurisprudenza di merito ha confermato che la prestazione del medico espletata in vantaggio del paziente deve essere valutata secondo il criterio della diligenza professionale richiesta nel settore di riferimento e che, in ogni caso, la responsabilità del professionista deve affermarsi ogni qualvolta esista la prova tecnica che lo stesso non ha osservato, per imprudenza, le comuni regole necessarie allo svolgimento della propria professione¹³⁸⁰. La colpa medica dovuta a imperizia, c.d. professionale o speciale rispetto a quella generale trattata in precedenza, si configura, invece, in tutte le ipotesi di involontaria inosservanza e/o violazione, da parte del sanitario, delle specifiche regole cautelari di condotta proprie dell'agente modello del settore specialistico di riferimento¹³⁸¹. La perizia, infatti, intesa come conseguenza e applicazione di quel complesso di regole tecniche proprie della categoria professionale di appartenenza, *leges artis*, di natura cautelare, finalizzate a circoscrivere, oltre all'ambito del c.d. rischio consentito, anche quello di liceità dell'intervento, è espressione della diligenza determinativa, ovvero quella esigibile dal medico ai sensi del secondo comma dell'art. 1176 c.c.¹³⁸² Si tratta di una diligenza più ampia di quella generica del *bonus pater familias*, essendo quella ordinaria del buon professionista, c.d. "diligenza qualificata", normalmente adeguata in ragione del tipo di attività e delle relative modalità di esecuzione¹³⁸³. Allorché la colpa professionale sia addebitata all'imperizia, invero, si deve ritenere generalmente valido il principio stabilito dall'art. 2236 c.c., secondo il quale, se la prestazione indica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non nei casi di dolo o colpa grave: qualora ricorrano particolari difficoltà nell'esecuzione dell'atto medico, l'eventuale insuccesso può essere ricondotto alla concreta difficoltà obiettivamente incontrata dal sanitario¹³⁸⁴. La colpa grave si ha nel caso di totale difformità del metodo o della tecnica scelti dalle conoscenze acquisite nella scienza e nella pratica mediche¹³⁸⁵. L'interpretazione letterale del 2236 c.c. sembrerebbe, quindi, delineare un regime privilegiato per il medico, che risulterebbe esonerato da responsabilità per colpa lieve proprio quando il caso a lui sottoposto è

¹³⁷⁹ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁸⁰ Trib. Firenze, sez. II, 9 giugno del 2014. Si veda N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁸¹ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁸² N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁸³ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁸⁴ M. Bilancetti-F. Bilancetti, "La responsabilità penale e civile del medico", Padova, 2010, 138. Si veda di N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁸⁵ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

difficile¹³⁸⁶. La *ratio* di questa limitazione di responsabilità, in verità, consiste nell'esigenza di contemperamento di due opposti interessi: da un lato, la necessità di non mortificare l'iniziativa del professionista nella risoluzione di casi di particolare difficoltà, esponendolo a continuare rappresaglie risarcitorie da parte dei pazienti; dall'altro, non indulgere verso atteggiamenti improntati a leggerezza e negligenza¹³⁸⁷. La disposizione in parola non si applica qualora il medico sia stato imprudente o negligente e trova accoglimento, in astratto, solo nei casi di responsabilità contrattuale: resterebbe non applicabile ai casi di responsabilità medica extracontrattuale che, oggi, alla luce della nuova legge, sussistono. Tuttavia la norma si ammette comunemente applicabile anche alla responsabilità extracontrattuale¹³⁸⁸. In materia di obbligazioni, la colpa, finendo per coincidere in sostanza con una valutazione in ordine alla diligenza del comportamento tenuto dal debitore, va valutata in termini oggettivi, in riferimento al contenuto dell'obbligazione che grava sul medico, mentre, in caso di illecito civile, parallelamente, del resto, a quanto si osserva nel campo penalistico, si ritiene sussista un certo spazio per valutazioni soggettive, specialmente in ordine al grado di diligenza che può essere richiesto¹³⁸⁹. Nel valutare la colpa del comportamento medico, deve essere tenuto in debito conto il principio di auto-responsabilità che grava sul paziente: se si verifica un danno perché è mancata una doverosa collaborazione del paziente, tali comportamenti andranno a incidere nella determinazione delle eventuale responsabilità del medico¹³⁹⁰. Alla luce di ciò, i giudici hanno specificato che il concorso di colpa del paziente, *ex art. 1227 c.c.*, anche quando la responsabilità è extracontrattuale, consistito nell'essersi procurato la lesione che ha reso necessario l'intervento sanitario, riduce proporzionalmente la responsabilità del medico che sia intervenuto producendo un esito infausto¹³⁹¹. L'art. 1227, comma 1 c.c., rappresenta un corollario applicativo dei principi in materia di nesso eziologico, desumibili dagli artt. 40 e 41 c.p., in quanto considera il concorso di colpa del danneggiato come una possibile causa assorbente idonea ad interrompere il nesso di causalità tra la condotta del danneggiante e il danno subito dal danneggiato nel caso in cui gli si possa riconoscere una incidenza causale esclusiva e, qualora invece tale condotta non assorba interamente il rapporto eziologico, consente comunque di limitare il risarcimento in misura proporzionale al contributo colposo

¹³⁸⁶ N. Posteraro, *op. cit.*, 67 ss.

¹³⁸⁷ N. Posteraro, *op. cit.*, 67 ss.

¹³⁸⁸ N. Posteraro, *op. cit.*, 67 ss.

¹³⁸⁹ N. Posteraro, *op. cit.*, 67 ss.

¹³⁹⁰ Tribunale di Chieti, 1139/2003. Si veda N. Posteraro, *op. cit.*, 67 ss.

¹³⁹¹ Corte di Appello Roma, sez. III, 11 marzo 2015, n. 1667. Si veda N. Posteraro, *op. cit.*, 67 ss.

arrecato¹³⁹². La giurisprudenza di merito ha anche puntualizzato che *“il medico non può affrontare un caso clinico prescindendo dall’anamnesi e dalle previsioni della possibile evoluzione, abbandonando il paziente a sé stesso e poi pretendere di evocare, a elisione totale o parziale della propria colpa, il concorso di colpa del danneggiato ex art. 1227 c.c. per non essersi lo stesso attivato automaticamente”*¹³⁹³. La giurisprudenza di legittimità ha più volte affermato che l’inadempimento del professionista in relazione alla propria obbligazione, e la conseguente responsabilità dell’ente presso il quale egli presta la propria opera, deve essere valutato alla stregua del dovere di diligenza particolarmente qualificato inerente allo svolgimento della sua attività professionale¹³⁹⁴ e che l’inadempimento del professionista alla propria obbligazione deve essere valutato alla stregua dei doveri inerenti allo svolgimento dell’attività professionale e, in particolare, del dovere di diligenza, per il quale trova applicazione, in luogo del criterio della diligenza del buon padre famiglia, quello della diligenza professionale, fissato dall’articolo 1176, comma 2, c.c., parametro da commisurare alla natura dell’attività esercitata¹³⁹⁵. In relazione ai diversi gradi di specializzazione propri dello specifico settore professionale, poi, la Corte di Cassazione ha precisato che *“La diligenza esigibile dal medico nell’adempimento della sua prestazione professionale, pur essendo quella “rafforzata” di cui al secondo comma dell’art. 1176 c.c., non è sempre la medesima, ma varia col variare del grado di specializzazione di cui sia in possesso il medico, e del grado di efficienza della struttura in cui si trova ad operare. Pertanto dal medico di alta specializzazione ed inserito in una struttura di eccellenza è esigibile una diligenza più elevata di quella esigibile, dinanzi al medesimo caso clinico, da parte del medico con minore specializzazione od inserito in una struttura meno avanzata”*¹³⁹⁶. Alla luce della sentenza delle Sezioni Unite n. 13533 del 2001, venne enunciato il principio, rilevante sul piano probatorio, secondo cui il creditore che agisce per la

¹³⁹² N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁹³ Tribunale Milano, 21 giugno 2018, in www.rivistaresponsabilitamedica.it. Per lo stesso Tribunale, prescrizione medica è solo quella che viene impartita in modo chiaro risultando definita nelle ragioni a suo fondamento, nei contenuti del trattamento e nei tempi di svolgimento; *“In altri termini deve presentare linee di definizione tali da poter costituire un preciso “compito” posto a tutela del diritto alla salute del paziente all’interno dell’alleanza terapeutica che deve caratterizzare il rapporto di questo con il sanitario interpellato”*. Si veda N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁹⁴ Cass. civ., sez. III, 23 settembre 2004, n. 19133. Si veda N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁹⁵ Cass. civ., sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400. Si veda N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁹⁶ Cass. civ., sez. III, 9 ottobre 2012, n. 17143. Nello stesso senso Cass. civ., n. 22222 del 2014, secondo cui *“Colui che assume un’obbligazione in qualità di medico specialista, ovvero un’obbligazione che presuppone suddetta qualifica, deve impiegare la perizia e i mezzi tecnici adeguati allo standard professionale della categoria cui appartiene, dacché tale standard vale a determinare il relativo grado di responsabilità secondo un giudizio relazionale che tiene conto del normale esito della prestazione effettuata e delle circostanze del caso concreto”*. Si veda N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

risoluzione del contratto, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento: con questa sentenza, dunque, l'assunto per cui, indipendentemente dal tipo di lesione lamentata, il compito del creditore si esaurisce con la dimostrazione che il suo diritto è sorto, ha segnato la svolta della giurisprudenza in tema di responsabilità medica¹³⁹⁷. Applicando questo principio alla responsabilità professionale del medico, la Cassazione ha inaugurato un nuovo orientamento, secondo il quale il paziente che agisce in giudizio deve provare il contratto ed allegare l'inadempimento del sanitario, restando a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento¹³⁹⁸. In questo modo la distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, così, non rilevava più quale criterio di distribuzione dell'onere della prova, ma doveva essere apprezzata esclusivamente per la valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa: restava, comunque, a carico del sanitario la prova che la prestazione fosse di particolare difficoltà, con la precisazione che la prova cui quest'ultimo è tenuto non va intesa come prova negativa, ma come prova positiva del fatto contrario¹³⁹⁹. Tutto ciò riflette il progressivo superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato: la giurisprudenza ha superato la dicotomia, osservando che, nella misura in cui si riconosce l'obbligo, in capo al professionista, di rendere note al paziente le possibilità di conseguimento dell'esito auspicato, si imputa al contenuto della prestazione anche il risultato ragionevolmente prevedibile; con la conclusione che con il contratto, o con il contatto, prima della legge Gelli-Bianco, il medico si obbliga nei confronti del malato a svolgere l'attività professionale necessaria ed utile in relazione al caso concreto ed in vista del risultato che attraverso il mezzo tecnico-professionale il malato spera di conseguire¹⁴⁰⁰. Già nel 2005, con sentenza n. 15781, le Sezioni Unite della Cassazione rilevarono che tale impostazione dicotomica *“non è immune da profili problematici, specialmente se applicata proprio alle ipotesi di prestazione d'opera intellettuale, in considerazione della struttura stessa del rapporto obbligatorio e tenendo conto, altresì, che un risultato è dovuto in tutte le obbligazioni. In realtà, in ogni obbligazione si*

¹³⁹⁷ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁹⁸ Cass. civ., n. 10297/2004. Si veda N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹³⁹⁹ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹⁴⁰⁰ Cass. civ., n. 577/2008. Si veda N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

*richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile, sicché molti autori criticano la distinzione poiché in ciascuna obbligazione assumono rilievo così il risultato pratico da raggiungere attraverso il vincolo, come l'impegno che il debitore deve porre per ottenerlo*¹⁴⁰¹. Ci si è chiesti, pertanto, quale sia la specificità dell'onere di allegazione, cioè in che misura si possa pretendere che il paziente debba specificare, sia pure senza provare, che tipo di errore sia stato commesso nei suoi confronti da parte del medico¹⁴⁰². Sulla base della posizione assunta dalla Corte attraverso la sentenza del 2001, si considera aggravata la situazione del medico debitore, costringendolo a provare l'adempimento, necessitando di una compensazione sul piano della specificità dell'allegazione¹⁴⁰³. Si deve ritenere che il paziente, quindi, debba allegare in modo sufficientemente specifico l'errore, in quanto solo attraverso questa allegazione sarà chiaro l'oggetto della controprova esigibile da parte del medico. L'ignoranza tecnico-scientifica del paziente, così, non ostacola la specificità dell'allegazione, ma fa sì che essa sia compatibile con la natura profana del soggetto allegante, senza implicare la soluzione di problemi tecnico-scientifici dei quali il paziente è per definizione ignaro¹⁴⁰⁴. Ad esempio, il paziente dovrebbe spiegare se l'errore che lamenta attenga all'informazione o all'intervento, alla diagnosi o viceversa alla realizzazione dell'operazione medico-chirurgica, se afferisca al piano della negligenza, della imprudenza o dell'imperizia¹⁴⁰⁵. Oggi, questo discorso sull'onere probatorio può valere solamente nei confronti della struttura sanitaria ovvero laddove espressamente vi sia un contratto alla base del rapporto tra paziente e medico colpevole; negli altri casi, invece, spetta al paziente provare che vi sia una colpa del sanitario citato in giudizio, stando alle regole generali di cui all'articolo 2043 c.c., in cui si può sussumere la responsabilità¹⁴⁰⁶. Per quanto riguarda il nesso causale, spetta al creditore-paziente, e sui suoi eredi in caso di morte, la prova del nesso di causalità giuridica tra l'evento dannoso ed i danni che ne fossero scaturiti *ex art. 1223 c.c.*¹⁴⁰⁷ Dubbi sono sorti riguardo al riparto dell'onere della prova avente ad oggetto il nesso di causalità c.d. materiale: ci si è domandati se la prova di questa causalità venisse assorbita dal regime probatorio dell'errore terapeutico, oppure assumesse una rilevanza concettualmente

¹⁴⁰¹ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹⁴⁰² N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹⁴⁰³ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹⁴⁰⁴ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹⁴⁰⁵ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹⁴⁰⁶ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹⁴⁰⁷ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

autonoma quale elemento costitutivo della fattispecie risarcitoria¹⁴⁰⁸. Nel primo caso, la prova dell'irrelevanza causale dell'errore sarebbe ricaduta sul medico, visto che al paziente sarebbe spettato il mero onere di allegazione dello stesso¹⁴⁰⁹; nel secondo caso, il paziente avrebbe dovuto allegare l'errore e provare la causalità, cioè che l'errore avrebbe prodotto l'evento lesivo¹⁴¹⁰. La risposta è dal rapporto tra giudizio civile e giudizio penale. Nel 2008, con la citata sentenza n. 577, le Sezioni Unite, intervennero affermando il definitivo tramonto della dicotomia tra obbligazioni di mezzi ed obbligazione di risultato, valorizzando l'autonomia della causalità civile rispetto a quella penale¹⁴¹¹. Si è così stabilito che il creditore dovesse allegare un inadempimento c.d. qualificato astrattamente efficiente alla produzione del danno; sarebbe spettato al debitore, poi, l'onere di dimostrare che tale inadempimento non v'era affatto stato o non era stato causa del danno¹⁴¹². Alla luce della riforma con la L. n. 24/2017, la quale ha ricondotto nell'ambito di applicazione dell'art. 2043 c.c. la responsabilità del medico, precisando la natura di responsabilità contrattuale delle strutture sanitarie e di responsabilità extracontrattuale per i professionisti, salva l'ipotesi in cui abbiano operato in forza di un rapporto contrattuale *ad hoc* stipulato con il paziente, l'orientamento esposto può oggi ritenersi valido soltanto con riferimento alla struttura sanitaria o nel caso in cui vi sia un contratto tra paziente leso e medico che si assuma essere responsabile; nelle altre ipotesi, infatti, valendo la responsabilità extracontrattuale, egli ha l'onere di provare anche il nesso di causalità materiale, prima di quello giuridico¹⁴¹³. Tuttavia, il giudice di legittimità, seguendo la tesi¹⁴¹⁴ che faceva ricadere l'onere probatorio del nesso di causalità materiale sul danneggiato, che continua a trovare applicazione fuori dai casi riconducibili alla Legge Gelli-Bianco, aveva nel tempo ammesso la possibilità di pronunciare un giudizio di condanna nei confronti del medico in base ad un nesso di causalità "presunto", incombendo sul medico l'onere di provare concretamente, se voleva andare esente da responsabilità, che il danno fosse dipeso da un fattore eccezionale ed imprevedibile, a lui non

¹⁴⁰⁸ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹⁴⁰⁹ Cass. civ., n. 20904/2013. Si veda N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹⁴¹⁰ Cass. civ., n. 10743/2009, in *Nuova Giur. Civ.* Si veda N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹⁴¹¹ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹⁴¹² N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹⁴¹³ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹⁴¹⁴ "È onere dell'attore, paziente danneggiato, dimostrare l'esistenza del nesso causale tra la condotta del medico e il danno di cui chiede il risarcimento; tale onere va assolto dimostrando, con qualsiasi mezzo di prova, che la condotta del sanitario è stata, secondo il criterio del "più probabile che non", la causa del danno; se, al termine dell'istruttoria, non risulti provato il nesso tra condotta ed evento, per essere la causa del danno lamentato dal paziente rimasta assolutamente incerta, la domanda deve essere rigettata", Cass. civ., n. 3704/2018. Si veda N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

imputabile¹⁴¹⁵. La *ratio* di questo riparto si fonda sul principio della c.d. prossimità o vicinanza della prova, ossia sulla regola per cui grava l'onere probatorio sulla parte più prossima alla fonte di prova. Questo orientamento vale anche per la responsabilità extracontrattuale, data la medesima *ratio*¹⁴¹⁶.

5.3 La posizione di garanzia dello psichiatra: condotta attiva o omissiva?

Ora, alla luce delle coordinate fornite, di carattere generale, è possibile inquadrare la “posizione” occupata dallo psichiatra, il quale, come già è stato detto, giuridicamente veste il ruolo di “garante”, a carattere terapeutico, nei confronti del suo paziente ed è titolare di un obbligo di intervento finalizzato alla tutela della salute sia individuale che collettiva¹⁴¹⁷, a prescindere dal paziente: sia egli sottoposto ad un trattamento sanitario obbligatorio, oppure abbia egli chiesto o accettato di ricoverarsi¹⁴¹⁸. La posizione dello psichiatra è soggetta agli stessi limiti e confini di quella del medico, senza cioè che l'incidenza della patologia sull'organo-mente possa di per sé consentire allo psichiatra prevaricazioni o sconfinamenti di matrice paternalistica¹⁴¹⁹. Va innanzitutto ricordato, preliminarmente, che nell'ambito del diritto penale della medicina, la responsabilità omissiva trova il suo referente normativo nell'art. 1, comma 1, del d.lgs. 30 dicembre del 1992, n. 502, che attribuisce al Servizio Sanitario Nazionale, e conseguentemente a tutto il personale sanitario che presti servizio nel suo ambito, il compito della tutela della salute dei cittadini, ovvero nel contratto terapeutico concluso, al di fuori del

¹⁴¹⁵ Cass. civ., n. 22639/2016, in *Foro.it*. Si veda N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹⁴¹⁶ N. Posteraro, op. cit., 67 ss.

¹⁴¹⁷ A. Gargani, ne “*La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione*”, in *Dir. Pen. Proc.*, 2004, 2854 ss, evidenza come “la circostanza che il paziente sia stato previamente e concretamente affidato alle cure dello psichiatra (“rapporto di dipendenza a scopo tutelare”) conferma la sussistenza di una posizione di garanzia avente ad oggetto la tutela della salute del malato di mente, che si sostanzia nella doverosa realizzazione di interventi terapeutici necessari per migliorare la salute ed evitare eventi dannosi capaci di arrecare ulteriori pregiudizi al paziente”; G. Fiandaca, “*Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*”, op. cit., 109. Si veda C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴¹⁸ G. Dodaro, “*Posizione di garanzia degli operatori dei servizi psichiatrici per la prevenzione di comportamenti auto o etero-aggressivi del paziente*”, Milano, 2011, 51 ss. Si veda C. Cupelli, op. cit., 31.

¹⁴¹⁹ C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

S.S.N., tra medico e paziente¹⁴²⁰. I poteri giuridici effettivi impeditivi che accompagnano il garante vanno ricondotti alle specifiche competenze ed al ruolo da questi rivestito all'interno dell'organizzazione in cui è chiamato ad operare ed in assenza di questi si ravviserà un obbligo di attivarsi ovvero un semplice obbligo di sorveglianza, irrilevanti ai sensi dell'art. 40, comma 2 c.p., della cui violazione si può essere chiamati a rispondere soltanto ove questa sia espressamente prevista da una norma incriminatrice quale reato di pura omissione. Inoltre, basterebbe invocare gli artt. 2 e 32 Cost. per trovare sempre una responsabilità automatica ed immediata in capo ad un operatore sanitario¹⁴²¹. È bene ricordare che dalla posizione di garanzia del medico segue un fascio di obblighi, alla cui delimitazione, soprattutto nelle modalità di esecuzione, contribuisce, alla luce del principio consensualistico che informa e legittima, *ex art. 32 Cost.*, l'attività medica, la volontà espressa da un paziente capace: al cospetto di quest'ultimo, la posizione di protezione del medico, da cui scaturisca un obbligo impeditivo dell'evento *ex art. 40, comma 2 c.p.*, sorgerà in forza di una libera scelta del soggetto "garantito", e nei limiti in cui il soggetto stesso, affidandosi al garante, si sia riconosciuto incapace di provvedere a sé ed alla propria salute¹⁴²². In concreto, la moderna psichiatria oggi fa prevalentemente ricorso a farmaci, la cui efficacia terapeutica è variabile notoriamente "e non sicuramente prevedibile", non essendo in grado "di garantire né la guarigione dei pazienti, né, per lo più, l'arresto di progressione della malattia e neppure la prevenzione da gesti auto- o eteroaggressivi"¹⁴²³. Senza dimenticare la "pericolosità, per il paziente, delle dosi elevate e delle associazioni farmacologiche, produttive di sinergismi tossici", che porta a ritenere "la gestione farmaco-terapeutica di malati per natura disubbidienti non solo a domicilio, ma anche negli ospedali o nelle cliniche private psichiatriche o nelle comunità protette"¹⁴²⁴. Questo dimostra la difficoltà nel selezionare i mezzi terapeutici a

¹⁴²⁰ L. Fornari, "La posizione di garanzia del medico", in "La responsabilità in medicina", a cura di A. Belvedere-S. Riondato, in Trattato di biodiritto, 842 ss.; E. Sborra, "La posizione di garanzia del medico", Pisa, 2009, 117 ss.. Si veda C. Cupelli, *op. cit.*, 31 ss.

¹⁴²¹ In dottrina vedi A. Fiori-D. Marchetti, "Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili", Milano, 2009, 231 ss.; A. Roiati, "Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale", Milano, 2012, 102 ss.. Si veda C. Cupelli, *op. cit.*, 31 ss.

¹⁴²² G. Fiandaca, "Il reato commissivo mediante omissione", Milano, 1979, 186 ss. Si veda C. Cupelli, *op. cit.*, 31 ss.

¹⁴²³ A. Fiori-F. Buzzi, "Problemi vecchi e nuovi della professione psichiatrica", in *Riv. It. Med. Leg.*, 2008, 1446 ss. Si veda, inoltre, in calce al paragrafo le tabelle 1 e 2 rappresentative dei fattori di rischio di entrambi gli eventi, etero ed auto-aggressivi. Si veda C. Cupelli, *op. cit.*, 31 ss.

¹⁴²⁴ A. Fiori-F. Buzzi, "Problemi vecchi e nuovi della professione psichiatrica", *op. cit.*, i quali conseguentemente auspicano cautele interpretative, volte "ad evitare che l'approccio valutativo *ex post*, che è proprio dell'attività peritale, cada in scientificamente inaccettabili semplificazioni dei nessi causali". Si veda C. Cupelli, *op. cit.*, 31 ss.

disposizione dello psichiatra per esercitare al meglio la propria posizione, aiutando noi a definirla¹⁴²⁵. Le difficoltà relative alla ricostruzione del contenuto dell'obbligo di garanzia sono aumentate a seguito della riforma operata con la legge 13 maggio 1978, n. 180, che ha sancito l'abbandono del modello "custodialistico" a vantaggio di un orientamento alla cura ed alla valorizzazione della libera partecipazione del paziente al percorso terapeutico¹⁴²⁶. Già all'inizio degli anni Settanta, veniva denunciato, tra gli psichiatri, il contrasto della vigente disciplina con i principi costituzionali, in particolare il diritto alla salute *ex art. 32 Cost.* ed il principio generale dell'ordinamento dell'assoluto rispetto della dignità della persona umana¹⁴²⁷. Sulla base degli stessi principi venne fissato l'obiettivo di elaborare una nuova legge che si facesse "portatrice delle istanze che la psichiatria moderna ha dimostrato essere espressione irrinunciabile di civiltà, con il superamento della distinzione, quanto meno nei termini in cui è delineata dalle leggi attuali, fra alienati pericolosi e non pericolosi, con l'affermazione, la più decisa possibile, del principio della collaborazione e responsabilizzazione del malato e con il richiamo, per gli eventuali casi di ricovero coattivo, sul piano sostanziale all'art. 32 Cost. e su quello processuale dell'art. 13 Cost"¹⁴²⁸. La legge 13 maggio 1978, n. 180, infatti, rivoluzionando l'impostazione di fondo del trattamento dei malati di mente nel solco tracciato da Franco Basaglia, ha segnato il superamento del retrogrado modello custodialistico e della correlata concezione del malato di mente come soggetto pericoloso a vantaggio di un approccio che mette l'accento sulla cura e sulla partecipazione del paziente al percorso terapeutico¹⁴²⁹. Ai significati progressi della riforma infatti va attribuito il merito per aver ricondotto, conformemente allo spirito della Costituzione, il trattamento sanitario obbligatorio ad *extrema ratio*, ancorandolo ad una esclusiva finalità terapeutica¹⁴³⁰. Al fine di salvaguardare la dignità e la libertà del malato di mente, l'art. 34 della legge n. 833 del 1978 subordina il ricovero alla presenza, congiunta ed indefettibile, di tre tassativi presupposti: a) alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici; b) rifiuto dei trattamenti da parte del paziente; c) impossibilità di adottare tempestive e idonee misure sanitarie extraospedaliere. Con riferimento ai trattamenti extraospedalieri, anch'essi si applicano

¹⁴²⁵ C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴²⁶ C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴²⁷ C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴²⁸ M. Romano-F. Stella, "Ricoveri, dimissioni e trattamento terapeutico dei malati di mente; aspetti penalistici e costituzionali", in *Riv. It. Med. Leg.*, 1973, 406 ss. Si veda C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴²⁹ M. Zanchetti, "Fra l'incudine e il martello: la responsabilità penale dello psichiatra per il suicidio del paziente", in *Cass. pen.*, 2004, 2860. Si veda C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴³⁰ C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

sulla base della sussistenza di alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici: deve trattarsi, ai sensi dell'art. 34, comma 4, di misure sanitarie, ossia di trattamenti finalizzati alla cura, e non già alla custodia ed all'isolamento, caratterizzati dall'intervento interdisciplinare dei presidi psichiatrici e tendenti alla risocializzazione del malato¹⁴³¹. Quanto alle strutture ospedaliere, è sempre l'art. 34 a prevedere che “gli interventi di prevenzione, cura e riabilitazione relativi alle malattie mentali sono attuati di norma dai servizi e presidi psichiatrici extraospedalieri”, da realizzare a cura delle Regioni¹⁴³². Ad ulteriore presidio di garanzia, si prevede che tali trattamenti possono essere disposti solo a seguito di una procedura garantita dal controllo del giudice tutelare, e nella quale, sono coinvolti oltre al Sindaco in qualità di autorità sanitaria locale anche due medici, e che devono essere rigorosamente circoscritti all'urgenza e limitati allo stretto necessario¹⁴³³. La procedura, semplificandola, per l'applicazione del trattamento sanitario obbligatorio, di cui agli artt. 34 e 35¹⁴³⁴ della legge 833 del 1978, prevede che un medico presenti la proposta avente questo come oggetto, che deve essere convalidata da uno psichiatra del servizio pubblico ed accolto dal Sindaco, il quale dispone l'ordinanza di ricovero, comunicando e trasmettendo al giudice tutelare del tribunale competente il provvedimento entro 48 ore; quest'ultimo, nel prenderne atto, è chiamato a vigilare sulla corretta esecuzione del trattamento a garanzia dei diritti della persona a cui viene temporaneamente limitata la libertà personale¹⁴³⁵. Il trattamento non può durare più di sette giorni, fatto salvo che il medico non rinnovi la richiesta, che deve contenere precise motivazioni, al Sindaco; di fatto, la durata, attraverso successive proroghe si estende a tutto il lasso temporale ritenuto necessario alla cura¹⁴³⁶. Nonostante gli intenti manifestati dal legislatore del 1978, il dibattito sull'ampiezza della posizione di garanzia del medico psichiatra¹⁴³⁷ ha continuato ad alimentarsi e ad

¹⁴³¹ C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴³² A. Venchiarutti, “*Obbligo e consenso nel trattamento della sofferenza psichica*”, in “*I diritti in medicina*”, 822 ss. Vedi C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴³³ U. Fornari, “*Trattato di psichiatria forense*”, op. cit., 955 ss. nonché in “*Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori sotto il profilo del rapporto medico-paziente: il problema dell'informazione e della scelta*”, in “*La responsabilità professionale dello psichiatra*”, Milano, 2006, 61 ss. Si veda C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴³⁴ Si veda l'approfondimento oggetto del paragrafo 7 del terzo capitolo, a proposito del trattamento sanitario obbligatorio illegittimo.

¹⁴³⁵ C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴³⁶ C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴³⁷ In dottrina, si è segnalato come, a ben vedere al di là delle diverse opzioni ermeneutiche, proprio l'ampio dibattito sulla posizione di garanzia dello psichiatra “mette in evidenza in modo paradigmatico i limiti dell'attuale modello di tipizzazione del reato omissivo improprio, in cui non solo il grado di determinatezza della fattispecie ma anche i criteri di selezione delle posizioni di garanzia finiscono per rispondere ad esigenze extrapenalistiche”. Si veda F. Cingari, “*Presupposti e limiti della responsabilità*”

ospitare diverse posizioni che di seguito vengono esposte. Vi è chi ritiene che il contenuto della posizione di garanzia dello psichiatra continui a ricomprendere obblighi tanto di protezione quanto di controllo¹⁴³⁸ poiché il paziente nella realtà può continuare ad essere pericoloso, potendosi far rientrare le situazioni che di fatto danno luogo a pericolosità sia per sé che per gli altri in quelle “alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici”, cui l’art. 34 della legge 833 fa riferimento, collegato con il diritto alla salute quale interesse anche della collettività, ex artt. 2 e 32 Cost.¹⁴³⁹ In questa prospettiva, la responsabilità scaturirebbe dalla violazione di un obbligo di cura tale da ricomprendere anche un’attività di assistenza-sorveglianza, nell’ambito della quale rientrerebbero tutti quegli interventi finalizzati ad impedire che il malato possa arrecare danno a sé e/o agli altri¹⁴⁴⁰. Altra posizione valorizza la portata innovativa della

penale dello psichiatra per gli atti etero-aggressivi del paziente”, in Riv. It. Proc. Pen., 2009, 440 ss. e C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴³⁸ F. Introna, “*Problemi interpretativi, pratici e burocratici suscitati dalla legge sui trattamenti sanitari obbligatori dei malati di mente*”, op. cit. 13 ss.; A. Fiori, “*La riforma (della riforma) psichiatrica e la responsabilità professionale dello psichiatra*”, op. cit., 542 ss. U. Fornari, “*Il trattamento del malato di mente e la legge 180/78: aspetti psichiatrico-forensi e medico-legali*”, in Riv. It. Med. Leg., 1984, 961 ss. Si veda C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴³⁹ M. Bilancetti, “*La responsabilità penale e civile del medico*”, Padova, 2010, 138 ss., secondo il quale “se è indubbia la funzione terapeutica dello psichiatra, non bisogna però dimenticare che la salute tutelabile è quella di tutti indistintamente i consociati, malato compreso, e che tale riconoscimento è dato dall’art. 32 della Costituzione non solo come “fondamentale diritto dell’individuo”, ma anche come “interesse della collettività” con tutte le conseguenze che ne possono derivare. In questo senso è anche l’art. 2 che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, tra i quali vi è in primo luogo il diritto al rispetto della propria vita e della integrità psico-fisica nonché della libertà personale”; la conclusione è dunque che “si deve ritenere che tale funzione preventiva non venga esclusa, quantomeno in un’ottica di valori non necessariamente e completamente contenuti nella richiamata nuova normativa la quale, come tutte le leggi dello Stato, è operante in quanto non sia in contrasto con la Carta Costituzionale”; si aggiunge che “pur ritenendo che l’obbligo istituzionale del dipartimento di salute mentale sia quello di tutelare la salute dell’assistito, c’è però da domandarsi a chi altro è demandato di adottare le cautele anche minimali, soprattutto di natura terapeutica, comprese quella farmacologica e quella psicologica, rivolte ad impedire che costui arrivi a comportamenti auto- o eteroaggressivi che, per le conseguenze che ne deriverebbero per lui, sarebbero di sicuro regresso per qualsivoglia programma terapeutico”, tenendo conto altresì che “l’art. 2 lett. g della legge 23 dicembre 1978 n. 833, nel porre come obiettivo del servizio sanitario nazionale la tutela della salute mentale, indica come scopo anche quelli di “favorire il recupero ed il reinserimento sociale dei disturbati psichici”. Si veda C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴⁴⁰ Esemplificando, tali trattamenti, i quali “dovrebbero soccorrere in situazioni concrete di emergenza correlate a gravi esigenze psicopatologiche del paziente, in cui è ragionevole attendersi il compimento di gesti auto o etero-aggressivi”, sarebbero legittimamente disposti “nei confronti del paziente capace o incapace, quando vi siano valide ragioni per ritenere che la persona intenda togliersi la vita con modalità che possano danneggiare anche terzi; o nei confronti del paziente aggressivo, quando vi siano valide ragioni per ritenere che stia per commettere un delitto contro la persona”; al contrario, sarebbero illegittimi “quando il grave stato di alterazione psichica del paziente, indipendentemente dall’incidenza sulla sua capacità, non lasci presagire o consenta di escludere rischi per terze persone, ad esempio per il tipo di disturbo mentale, perché il paziente è semplicemente agitato e non si ritiene che il comportamento possa rapidamente evolvere in un’aggressività, oppure per le modalità del suicidio, venendo in rilievo in tali situazioni per il malato il “diritto di rifiutare le cure e di rimanere malato nei limiti in cui la scelta riverbera conseguenze negative solamente sulla propria salute”. G. Dodaro, “*Posizione di garanzia degli operatori dei servizi psichiatrici per la prevenzione dei comportamenti auto o etero-aggressivi del paziente*”, op.cit., 110 ss. Tra la giurisprudenza e recenti interventi normativi, figura un’ulteriore ricostruzione secondo la quale gli obblighi impeditivi di gesti etero-aggressivi vengono sganciati dal

riforma del 1978, sottolineando che lo psichiatra è gravato dall'obbligo esclusivamente di protezione e di cura¹⁴⁴¹. Questa trova la sua matrice nella rinnovata disciplina del trattamento sanitario obbligatorio, cioè nel suo esplicito riconoscimento di una finalità esclusivamente terapeutica e del suo carattere residuale ed estremo, e nella netta cesura operata rispetto alla funzione di neutralizzare la pericolosità del malato di mente propria della precedente figura del ricovero coatto¹⁴⁴². Infatti ad oggi vi si può fare ricorso solo al cospetto di una comprovata carenza di misure curative extraospedaliere idonee, in presenza di reali e specifiche indicazioni di cura e dopo che il medico ha infruttuosamente attuato tutte le iniziative volte a raggiungere una partecipazione consapevole, spontanea e, prima ancora, informata al programma¹⁴⁴³. Il mutamento radicale della normativa extra-penale di riferimento ha comportato “in primo luogo, un parziale svuotamento del contenuto della posizione di garanzia, corrispondente alla cessazione dell'obbligo di custodia; in secondo luogo, e comunque, una sostanziale impossibilità di far fronte (mediante custodia) ad esigenze preventive che pur dovessero in concreto emergere, per l'inidoneità a tale scopo degli strumenti legali attualmente a disposizione del sanitario”¹⁴⁴⁴, concepiti per fronteggiare esigenze diverse da quella di impedire che il malato di mente uccida o arrechi lesioni a terzi¹⁴⁴⁵. Il punto realmente decisivo è rappresentato dal cambio di paradigma segnato dalla riforma; trasformando la persona affetta da disturbo psichico da soggetto pericoloso, fonte di pericolo da neutralizzare, in paziente bisognoso di cura e di protezione e co-protagonista di un vero e proprio rapporto terapeutico, è stata rimodellata la natura degli obblighi dello psichiatra e delimitato il confine della sua posizione di garanzia, che non può essere dilatato sino a ricomprendere la prevenzione dei reati da parte del proprio paziente, restando inequivocabilmente fuori dallo spettro applicativo dell'art. 32 Cost. compiti di tutela dell'ordine pubblico¹⁴⁴⁶. Coerentemente con questa posizione, può prospettarsi una soluzione diversificata, a seconda che il ricorso a misure di contenimento sia diretto

riferimento al dovere di cura e ricondotti ai doveri di sicurezza nei luoghi di degenza gravanti su tutti gli operatori della struttura che hanno compiti di organizzazione, gestione o esecuzione; per tale via, dunque, “il comportamento illecito del paziente diviene possibile fonte di responsabilità penale dell'operatore psichiatrico, in quanto si realizza all'interno di una struttura organizzata quale conseguenza della violazione di regole di comportamento specificamente volte a prevenire e impedire il concretizzarsi di rischi connessi alle manifestazioni della malattia mentale”. Si veda C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴⁴¹ C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴⁴² C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴⁴³ C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴⁴⁴ P. Veneziani, “*I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*”, Padova, 2003, 345 ss.. Si veda C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴⁴⁵ C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴⁴⁶ C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

a rimuovere il rischio di atti autolesivi o eteroaggressivi, ritenendo giustificato solo nel primo caso il ricorso ad un trattamento sanitario obbligatorio in funzione di neutralizzare il pericolo di gesti suicidari o autolesivi, e previo accertamento caso per caso dell'effettiva sussistenza del relativo rischio, in base al rilievo che "la tutela della salute di un malato di mente incapace di autodeterminazione implichi, *a fortiori*, la tutela della sua vita e della sua incolumità"¹⁴⁴⁷. Purché l'intento di salvaguardare la salute, fisica e psichica, del paziente sia reale e da lui condiviso o comunque possa ritenersi in contrasto con la sua piena o parziale libertà di autodeterminazione nelle scelte di cura. Purtroppo, l'effetto complessivo della riforma è stato quello di ampliare i margini dell'incertezza e di rischio collegati a condotte provenienti dallo stesso paziente e collocare lo psichiatra fra "l'incudine ed il martello"¹⁴⁴⁸, cioè stretto, da un lato, dalla pressione sociale, che tende "ad imporgli un più o meno sistematico atteggiamento di repressione preventiva nei confronti di iniziative del suo paziente potenzialmente lesive di beni giuridicamente protetti, a scapito di un'azione realmente terapeutica, imponendogli così un tipico compito di controllo disciplinare"¹⁴⁴⁹; dall'altro, da una speculare contropinta, di matrice normativa e deontologica, che gli impone di rivendicare la finalità esclusivamente terapeutica del suo agire, richiamandolo a doveri tipici di prevenzione, cura e riabilitazione dei disturbi psichici¹⁴⁵⁰. In questo contesto, si fondono, così, istanze di difesa sociale, dell'incolumità di eventuali terzi potenzialmente esposti a gesti lesivi, e di difesa personale, dal rischio giudiziario, che segna il passaggio da una medicina delle scelte tecniche, a base consensualistica, ad una "medicina dell'obbedienza giurisprudenziale"¹⁴⁵¹, con tutte le ripercussioni negative su quello che dovrebbe essere il reale obiettivo terapeutico, e cioè la salvaguardia e la cura della salute del paziente psichiatrico¹⁴⁵². In conclusione si può ritenere escluso dagli obblighi gravanti sullo psichiatra quello di tutela verso terzi, per l'inequivoca finalizzazione della

¹⁴⁴⁷ G. Fiandaca, "Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra", op. cit., 112 e A. Gargani, "La congenita indeterminazione degli obblighi di protezione", op. cit., 1401. Si veda C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴⁴⁸ M. Zanchetti, "Fra l'incudine e il martello: la responsabilità penale dello psichiatra per il suicidio del paziente in una recente pronuncia della Cassazione", op. cit., 2859 ss. Si veda C. Cupelli, 31 ss.

¹⁴⁴⁹ A. Manacorda, "Responsabilità dello psichiatra per il fatto commesso da infermo di mente", in *Foro.it*, 1988, 122. C. Cupelli, 31 ss.

¹⁴⁵⁰ C. Cupelli, 31 ss.

¹⁴⁵¹ A. Fiori, "La medicina delle evidenze e delle scelte sta declinando verso la medicina dell'obbedienza giurisprudenziale?", in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 925 ss. Si veda C. Cupelli, 31 ss.

¹⁴⁵² P. Piras, "Rischio suicidario del paziente e rischio penale dello psichiatra", in www.penalecontemporaneo.it, 3 ; G. Dodaro, "Posizione di garanzia degli operatori dei servizio psichiatrici per la prevenzione di comportamenti auto o etero-aggressivi del paziente", op. cit., 69 ss; A. Roiati, "Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale", op. cit., 206. Si veda C. Cupelli, 31 ss.

stessa posizione di garanzia alla tutela del bene salute del soggetto affetto da disturbi psichici; conseguentemente, si può anche escludere una responsabilità omissiva in quanto garante, non rientrando la prevenzione di condotte eteroaggressive del paziente tra i suoi obblighi tipici¹⁴⁵³. Tuttavia, per una migliore chiarificazione della posizione di garanzia dello psichiatra, occorre riportare, a titolo esemplificativo, il caso “Pozzi”¹⁴⁵⁴: in questa circostanza venne modificata, riducendola, la terapia farmacologica ad un soggetto in cura, senza che, secondo l’imputazione, si conoscesse l’anamnesi personale e patologica remota e prossima del paziente, senza un’adeguata valutazione delle sue condizioni al momento del cambio di terapia e senza la predisposizione di tutte quelle misure di supporto che avrebbero potuto contenere la riacutizzazione della patologia¹⁴⁵⁵. La condotta del medico fu qualificata come commissiva, ritenendosi che egli abbia introdotto nel quadro clinico del paziente un fattore di rischio poi effettivamente concretizzatosi, introducendo così la “responsabilità commissiva a titolo di concorso colposo nel delitto doloso” del paziente¹⁴⁵⁶. Le obiezioni all’ammissibilità di questa figura¹⁴⁵⁷ sono superate assumendo alla base dell’esame l’analisi congiunta degli artt. 42, comma 2, e 113 c.p., dai quali risulta che “la compartecipazione è stata espressamente prevista nel solo caso del delitto colposo perché, nel caso di reato doloso, non ci si trova in presenza di un atteggiamento soggettivo strutturalmente diverso ma di una costruzione che comprende un ulteriore elemento rispetto a quelli previsti per il fatto colposo, cioè l’aver previsto e voluto l’evento, sia pure con la sola accettazione del

¹⁴⁵³ In dottrina, si delinea una terza categoria di posizione di garanzia, ulteriore rispetto a quelle di protezione e di controllo e connotata proprio da obblighi di impedimento di reati commessi da terzi, G. Grasso, “*Il reato omissivo improprio*”; L. Bisori, “*L’omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1365, per il quale questa terza figura attinge “le proprie caratteristiche funzionali dalle altre due, poiché la previsione di un obbligo, penalmente sanzionato, di attivarsi per impedire fatti illeciti altrui può trovare fondamento sostanziale in due distinti ordini di esigenze: o in quella di vigilare e contenere la potenziale pericolosità di determinati soggetti (motivo sostanziale prossimo a quello che sottende alle posizioni di controllo), ovvero nella necessità di far fronte alla particolare vulnerabilità di determinati beni (motivo prossimo alle posizioni di protezione)”. Si veda C. Cupelli, 31 ss.

¹⁴⁵⁴ Cass., Sez. IV, sent. 11 marzo 2008, n. 10795. Si veda C. Cupelli, 31 ss.

¹⁴⁵⁵ C. Cupelli, 31 ss.

¹⁴⁵⁶ C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴⁵⁷ L’art. 42, comma 2 c.p., richiede che ogni forma di responsabilità colposa sia espressamente prevista, mentre l’art. 113 c.p. ammette la sola “cooperazione nel delitto colposo”, con ciò escludendo implicitamente la differente cooperazione colposa nel delitto doloso. Nondimeno, l’inammissibilità del concorso colposo nel delitto doloso troverebbe ulteriori conferme, sul piano formale, da un lato nel rilievo che, allorché il legislatore ha voluto riconoscere la possibilità che più partecipi rispondano del medesimo reato a titoli diversi, lo ha fatto esplicitamente, come nel caso dell’art. 116 c.p., cosicché si può ricavare, argomentando *a contrario*, che l’ipotesi di concorso a titoli soggettivi diversi, che contraddice peraltro la concezione unitaria di partecipazione criminosa accolta dall’art. 110 c.p., rappresenti un’eccezione, e non la regola; dall’altro lato, dalla presenza nell’ordinamento di ipotesi espresse e limitate di agevolazione colposa del fatto doloso altrui, G. Fiandaca- E. Musco, “*Diritto penale. Parte generale.*”, Bologna, 2009, 514 ss.. Si veda C. Cupelli, 31 ss.

suo verificarsi, nel caso di dolo eventuale)”; il dolo, in questa prospettiva, rappresenta “qualche cosa di più, non di diverso, rispetto alla colpa”, cosicché non sarebbe “necessario prevedere espressamente l’applicabilità del concorso colposo nel delitto doloso, perché se è prevista la compartecipazione nell’ipotesi più restrittiva non può essere esclusa nell’ipotesi più ampia che la prima ricomprende e non è caratterizzata da elementi tipici incompatibili¹⁴⁵⁸. Infine, l’attenzione viene spostata dalla Cassazione sul profilo causale e sulla “verifica dei presupposti per il riconoscimento di una colpa causalmente efficiente nel verificarsi dell’evento”; si osserva che “ nel caso in cui l’evento dannoso si verifichi all’esito di una sequenza di avvenimenti in cui si sia inserito il fatto doloso del terzo è necessario verificare innanzitutto, sotto il profilo dell’elemento soggettivo, se la regola cautelare inosservata era diretta ad evitare la condotta delittuosa del terzo”, evocando l’esempio di “chi, preposto alla tutela di una persona, se ne disinteressa consentendo all’assaltore di ledere l’integrità fisica della persona protetta”¹⁴⁵⁹. In questo caso emerge che la posizione dello psichiatra viene valutata sia sotto il profilo commissivo, ovvero relativamente all’ *“aver cagionato la morte del terzo mediante la riduzione e poi sospensione del trattamento farmacologico ed aver concorso colposamente nella realizzazione dell’omicidio doloso”* , che omissivo, relativamente al *“non aver impedito il reato commesso dal paziente omettendo la richiesta di trattamento sanitario obbligatorio allorquando, in seguito alla modifica del trattamento farmacologico, si erano manifestati i primi segnali di scompenso”*¹⁴⁶⁰. I giudici di legittimità, in tal modo, hanno meglio definito, richiamandola, la posizione di garanzia come fonte dell’obbligo “di osservanza di determinate regole cautelari la cui violazione integra la colpa”, offrendo spunti sulla interrelazione tra la regola cautelare, l’obiettivo terapeutico e la posizione di garanzia del medico, escludendo l’obbligo di tutela dei terzi che trascende la portata dei veri compiti dello psichiatra¹⁴⁶¹. Avendo discusso e riconosciuto ampiamente la problematicità connessa ai confini della posizione di garanzia dello psichiatra, è necessario concludere con la ricostruzione dei suoi obblighi in termini esclusivamente terapeutici, abbandonando ormai il modello custodialistico e focalizzandoci sui soli atti autoaggressivi, in particolare il tentativo di suicidio del paziente psichiatrico e le

¹⁴⁵⁸ Cass., Sez. IV, sent. 11 marzo 2008, n. 10795. Si veda C. Cupelli, 31 ss.

¹⁴⁵⁹ C. Cupelli, 31 ss.

¹⁴⁶⁰ C. Cupelli, 31 ss.

¹⁴⁶¹ C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

intersezioni tra posizione di garanzia, regole cautelari e volontà del paziente¹⁴⁶². In base a ciò, di conseguenza, si circoscrivono i poteri impeditivi del medico, che giocano un ruolo fondamentale nella conformazione del fatto tipico omissivo improprio, definendo perché riconducibili all' "obbligo giuridico da impedire" del garante¹⁴⁶³. Il potere di agire del garante per l'assolvimento dei suoi obblighi impeditivi, è influenzato e delimitato dal rispetto delle regole cautelari, che informano l'attività, in questo caso medica, determinandone la condotta pretendibile, dato che il "limite del suo intervento è segnato specificamente dalla disponibilità di mezzi strumentali all'attuazione del dovere impostogli"¹⁴⁶⁴. Oggetto del giudizio è, allora, valutare il corretto esercizio di tale potere e cioè quanto è tenuto a fare il soggetto agente nel caso concreto per impedire la verifica di determinati eventi, osservando le regole di diligenza dettate dalla situazione particolare¹⁴⁶⁵. La regola cautelare diventa così la guida nel vaglio della liceità/correttezza metodologica dell'espletamento della funzione di garanzia e del comportamento concreto, tale da questo risultare riconducibile ad un parametro modale predefinito e determinabile *ex ante*¹⁴⁶⁶. L'esempio, già riportato, è rappresentato dal caso di suicidio del paziente affetto da turbe mentali: qualora si arrivi a dimostrare che il medico abbia applicato, nell'economia complessiva della specifica valutazione clinica, la terapia più aderente alla condizione del malato ed alle regole dell'*ars* psichiatrica, può dirsi che non avrebbe potuto comportarsi diversamente da come ha fatto¹⁴⁶⁷. Ecco il punto: non tutto ciò che è nei poteri rientra anche nei doveri del medico agente, segnati dalle regole di diligenza medica¹⁴⁶⁸. Fondamentale e decisiva è, come abbiamo su esposto, la volontà del malato, che ingerendosi determina la posizione del garante e con

¹⁴⁶² C. Cupelli, 31 ss.

¹⁴⁶³ C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴⁶⁴ C. Paonessa, "Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo", in *Criminalia*, 2013, 641 ss., per il quale "nei reati omissivi impropri il potere impeditivo, in quanto attribuito indefettibile della posizione di garanzia, opererebbe alla stregua di una regola modale, delineando il *quomodo* dell'intervento del soggetto obbligato, ossia fungendo da parametro indicatore del "come intervenire" per impedire efficacemente l'evento lesivo". Si veda C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴⁶⁵ G. Fiandaca-E. Musco, "Diritto penale. Parte generale", op. cit., 515 ss. Si veda C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴⁶⁶ C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴⁶⁷ A. Vallini, "La ricostruzione del nesso di causalità nell'attività medica", in *Medicina e diritto penale*, 515, per il quale "è assolutamente possibile selezionare condotte materialmente impeditive, eppure non prescritte da regole cautelari buone ai fini del giudizio di colpa. Tanto avviene, in primo luogo, quando un certo soggetto, pur avendo la materiale possibilità di evitare il verificarsi di un pregiudizio, non sia personalmente destinatario della regola cautelare che prescrive quell'azione. In secondo luogo – e più in generale – deve ricordarsi che le norme cautelari, nel selezionare i comportamenti conformi a perizia, diligenza o prudenza, non considerano soltanto l'idoneità degli stessi a neutralizzare certi dannosi fattori eziologici, ma valutano eventuali rischi collaterali, che rendano quei comportamenti per altri motivi sconsigliabili. Per tale ragione un comportamento, pur idoneo materialmente ad impedire l'evento, può comunque porsi in contraddizione con le *leges artis*". Si veda C. Cupelli, 31 ss.

¹⁴⁶⁸ C. Cupelli, 31 ss.

questo il percorso terapeutico, l'obiettivo da perseguire e le cautele da adottare. Come è stato sottolineato in precedenza, la lettura congiunta degli articoli 13 e 32 della Costituzione ed una moderna accezione in chiave soggettiva del concetto di salute rendono determinante l'adesione consapevole del paziente al trattamento, presupponendo, quindi, e limitando la posizione di garanzia, affinché non sia arbitrario ed il rapporto affetto da un vizio, patologia, per sopraffazione della volontà del medico¹⁴⁶⁹. Ciò nel tempo è condotto ad esiti non positivi, per l'adozione di atteggiamenti ipercautelativi della classe medica, che hanno ugualmente obliterato la volontà del paziente¹⁴⁷⁰. Allora è bene meglio definire i profili della responsabilità colposa del medico in base alla interrelazione tra colpa ed omissione. Il consenso informato del paziente, qui significativo, fornisce un supporto nell'indicare non solo la volontà di "farsi curare", ma anche il "quomodo" della terapia, il "come essere curati", le linee di massima delle modalità curative ed in definitiva sulle regole cautelari¹⁴⁷¹. Il contributo del paziente appare decisivo nell'esatta delimitazione dell'obiettivo della terapia e nella determinazione della terapia più appropriata dal punto di vista della buona pratica clinica, in valutazione comparativa dei costi e dei benefici per la sua salute¹⁴⁷². Qui emerge come il "consenso", precedentemente discusso, si spoglia della sua natura "anfibia" per rivelarsi altro dalla scriminante *ex art. 50 c.p.* Dunque, la volontaria assunzione di un determinato rischio da parte di un paziente capace e compiutamente informato possa influire sulla valutazione di appropriatezza clinica dell'intervento: nel senso cioè che il paziente possa lecitamente essere sottoposto ad un rischio, al quale non potrebbe essere invece lecitamente sottoposto un paziente ignaro, o

¹⁴⁶⁹ P. Veneziani, "Regole cautelari "proprie" ed "improprie" " Padova, 2003, 138, con riferimento a tutte le ipotesi di esito infausto che rappresenti la concretizzazione del rischio, che non è stato accettato, insito in un determinato tipo di trattamento praticato senza il consenso del paziente; ma "non direttamente in virtù della negligenza, o addirittura della intenzionalità che connotino il difetto di informazione, o la mancata acquisizione del consenso", visto che quest'ultimo, in realtà, "finisce, *in subiecta materia*, per determinare la soglia del rischio consentito, ossia il limite fino al quale il medico può spingersi nell'esercizio della propria attività pericolosa", cosicché "il consenso non opera quindi quale scriminante del "consenso dell'avente diritto", *ex art. 50 c.p.*, bensì contribuisce in negativo alla ricostruzione della stessa tipicità della condotta colposa: è infatti atipica la condotta consentita, ancorché rischiosa, a condizione che venga realizzata nel rispetto delle regole cautelari, ancorché improprie. Si precisa che il concetto di "esito infausto" va inteso in "senso relativo", ricomprendendo "sia i casi in cui il trattamento medico abbia in effetti raggiunto il risultato avuto di mire, ma producendo esiti lesivi collaterali riconducibili alla nozione di "malattia", sia i casi in cui il trattamento abbia avuto esito avverso proprio con riguardo al suo scopo, pur essendo stato eseguito *leges artis*, cagionando lesioni in un paziente sano, ovvero peggiorando un pregresso quadro patologico, o anticipando significativamente l'evento-morte, che sarebbe verosimilmente derivato comunque dalla malattia già in atto. Si veda C. Cupelli, 31 ss.

¹⁴⁷⁰ C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴⁷¹ C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴⁷² F. Palazzo, "Causalità e colpa nella responsabilità medica", in *Cass. pen.*, 2010, 1236. Si veda C. Cupelli, 31 ss.

comunque incapace di assumersi volontariamente il rischio in questione, che resterebbe non consentito e quindi illecito¹⁴⁷³. È l'esito cui si perviene anche attraverso una corretta applicazione dell'*objektive Zurechnung*, sensibile al rilievo della volontà della vittima nello stabilire la natura lecita o illecita del rischio cui questa si espone, sotto il duplice profilo della "volontaria autoesposizione a pericolo" e della "esposizione a pericolo di persona consenziente"¹⁴⁷⁴. Nel ricostruire la regola cautelare deve essere considerata l'area del "rischio consentito", la cui, cioè, concretizzazione in un evento dannoso non può essere ascritta a colpa del medico, rispetto al quale la volontà del paziente ha rilievo, dato che lui lo assume su di sé. In difetto di un valido consenso informato, il medico deve astenersi dal praticare un trattamento che comporti un rischio apprezzabile per la salute del paziente: è il paziente che deve decidere se rischiare e quanto, nella valutazione complessiva dei rischi e dei benefici del trattamento, resa possibile da un corretto e puntuale adempimento dei doveri informativi da parte del medico¹⁴⁷⁵. Il contributo del malato, come ho affermato, è rilevante anche per la definizione dell'obiettivo da conseguire. In conclusione, la volontà del paziente, quale portato della sua libertà di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche, incide sul concetto o margine di rischio che il paziente, e di conseguenza anche il medico, decide di accettare e condividere, visto che il primo, arbitro della propria salute, nel bilanciamento tra costi e benefici del trattamento, in virtù della percezione diretta di quello che è il proprio benessere fisiopsichico, ben potrebbe rifiutare un trattamento eccessivamente invasivo o invalidante; privilegiare un rischio alto rispetto ad uno medio-basso, a fronte di un diverso risultato, percepito come conforme alle proprie aspettative; ovvero preferire il

¹⁴⁷³ F. Viganò, "Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice", in *Corr. Merito*, 2006, 967 ss.. Si veda C. Cupelli, 31 ss.

¹⁴⁷⁴ Interpretando la causalità, come tutti gli altri elementi costitutivi del reato, in chiave teleologicamente orientata alle funzioni general o special preventive positive della pena; invero, per attribuire oggettivamente un evento ad un autore non ci si può assolutamente accontentare di un mero giudizio di tipo naturalistico volto ad accertare la sussistenza del nesso causale materialmente inteso tra i due poli della relazione, ma si deve effettuare anche un ulteriore e più penetrante scrutinio sulla base di criteri valutativi di natura politico-criminale. In tal modo, coerentemente con quanto imposto dal principio di legalità in materia penale e dalle correlate esigenze di sussidiarietà, si riesce a restringere ragionevolmente i limiti dell'area di applicazione del *Tatbestand*, dal momento che, per ritenerlo configurato oggettivamente, non è sufficiente verificare la causazione naturalistica di un evento tramite una condotta dell'agente, ma si deve accertare anche che quell'evento risponda anche a dei criteri giuridici, primi tra tutti quello di realizzazione di un pericolo oltre il rischio consentito dalla fattispecie incriminatrice e quello della contrarietà allo scopo di tutela della norma. Diversamente, se non si accetta anche tale ulteriore aspetto di carattere politico-criminale, l'evento non può essere ascritto al *Tatbestand* oggettivo. Si veda C. Cupelli, 31 ss.. ed inoltre C. Roxin, "Gedanken zur Problematik der objektiven Zurechnung im Strafrecht", Berlin-New York, 1973; A. Castaldo, "L'imputazione oggettiva del delitto colposo d'evento", Napoli, 1989; G. Fiandaca, "Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva", in *Ind. Pen.*, 2006, 961 ss.

¹⁴⁷⁵ P. Veneziani, "Regole cautelari "proprie" ed "improprie" ", op. cit., 138. Si veda C. Cupelli, 31 ss.

procrastinare una condizione di mera sopravvivenza, cioè allungare la propria permanenza in vita, anche a costo di un intervento non risolutivo, particolarmente invasivo ed altamente rischioso, perché si vuole sfruttare ogni chance pur minima di prolungamento dell'esistenza¹⁴⁷⁶. Così se, sulla base delle acquisizioni della scienza medica, la tecnica scelta dallo psichiatra appare la migliore scelta terapeutica, poiché coincidente con la regola cautelare applicabile al caso concreto, ed il paziente, correttamente informato e capace, non la accetta, al medico, che non può né sindacare né superare il rifiuto, non potrà essere imputata l'adozione della terapia meno idonea rispetto all'obiettivo astratto ovvero più rischiosa, nella misura in cui sia stata l'unica consentita dal paziente¹⁴⁷⁷. Avendo in precedenza trattato in modo esauriente il ruolo del consenso del paziente, qui è necessario richiamarlo per definire il rapporto tra questo ed i poteri o doveri di cui risulta titolare il protagonista della nostra trattazione¹⁴⁷⁸. Anche per lo psichiatra vale la barriera del dissenso del paziente capace, se quest'ultimo, adeguatamente informato e realmente in grado di comprenderne le conseguenze, rifiuta un dato trattamento prospettato su base volontaristica dal terapeuta e se non ricorrono gli estremi per il ricorso al t.s.o., così che il medico non potrà imporre nulla contro la volontà dell'interessato, anche se lo abbia colto, ad esempio, nell'attuazione di un suo intento suicidario: conforme è del resto al fondamento liberale dell'ordinamento ed al valore riconosciuto alla dignità ed all'autonomia dell'individuo interpretare un gesto suicida come atto libero ed incoercibile, a fronte del quale non può esistere alcun dovere giuridico impeditivo da parte di terzi¹⁴⁷⁹. Lo psichiatra non può, eventualmente, invocare, disattendendo una richiesta esplicita del paziente o un suo espresso rifiuto di sottoporsi ad un trattamento psichiatrico volontario, l'articolo 54 c.p. per intraprendere o proseguire una terapia "non voluta", contro il consenso del suo assistito poiché si violerebbe comunque una scelta di vita per evitarsi l'infelicità connessa alla malattia ed alla cura, contro la libertà e la dignità della persona¹⁴⁸⁰. Patente è che il potere di agire del medico è circoscritto dal consenso della controparte del rapporto, il paziente, che ha ad oggetto il "farsi curare"¹⁴⁸¹ o meno e il "come essere

¹⁴⁷⁶ C. Cupelli, 31 ss.

¹⁴⁷⁷ C. Cupelli, 31 ss.

¹⁴⁷⁸ C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴⁷⁹ S. Seminara, "La dimensione del corpo nel diritto penale", in "Il governo del corpo", in "Trattato di biodiritto", Milano, 2011; Si veda C. Cupelli, 31 ss.

¹⁴⁸⁰ C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴⁸¹ Peculiare è il fatto che il medico si faccia garante della libertà morale, cioè di cura, del malato, che comprende il diritto a non essere più curato *in itinere*. Dunque, è il contenuto dell'obbligo ad essere mutato: grava su di lui il dovere di sindacare la genuinità e l'attendibilità della volontà del paziente, assecondandola nel modo tecnicamente migliore e tutelandola. Nell'art. 123 dell' "Alternativ-Entwurf"

curati”. Per terminare, la posizione di garanzia dello psichiatra è riconducibile ad un obbligo di protezione, che trova la sua fonte nel rapporto di cura e la sua legittimazione nell’alleanza terapeutica, in base alla quale il malato, capace di autodeterminarsi e adeguatamente informato, affida al sanitario la salvaguardia del proprio bene salute¹⁴⁸². Il consenso, dunque, libero e consapevole della persona affetta da disturbo mentale rappresenta un elemento strutturale decisivo per delineare i contorni dei poteri e doveri dello psichiatra, plasmandone contenuti e limiti, emergendo ciò anche costituzionalmente dagli artt. 13 e 32 Cost., come già sottolineato¹⁴⁸³. La nuova alleanza terapeutica, pertanto, si sostanzia di sostegno morale, di assistenza psicologica e di cura, costruita attorno ad un obiettivo terapeutico condiviso, la salute, relativamente al quale l’atto medico si pone come strumento, che si muove sul terreno della volontà informata correttamente e pienamente del paziente¹⁴⁸⁴. Per concludere sulla “particolare” posizione di garanzia del medico-psichiatra, è necessario dare atto della recente apertura della giurisprudenza relativa ad essa, considerando le problematiche ed oscillazioni del diritto emerse ed esposte nel corso della trattazione, così che a questo punto meglio si possano comprendere le ricadute sul piano della responsabilità e, dunque, i contorni ancora sfocati della figura del protagonista della tematica: allora è **“l’esigenza di contrastare e frenare un determinato rischio, per il paziente in primis, ma anche per i terzi che individua e circoscrive, sul versante della responsabilità colposa, le regole cautelari che il medico è tenuto ad osservare”**¹⁴⁸⁵. Insomma **“lo psichiatra, in balia tanto della pressione sociale, che pretende approcci repressivi e preventivi, quanto della speculare contropinta, di matrice normativa e deontologica, a rivendicare finalità esclusivamente terapeutiche del suo agire, si ritrova esposto, nel vortice di una valutazione giudiziaria ex post, a contestazioni, alternativamente e a seconda di ciò che poi si è concretamente verificato, di non aver fatto abbastanza o di aver fatto troppo”**¹⁴⁸⁶. Questo è lo scenario nel quale si inserisce una presa di posizione incoraggiante della Quarta Sezione penale della Cassazione¹⁴⁸⁷, la quale intervenne con

del 1966, durante la Repubblica Federale tedesca, il trattamento medico arbitrario era inserito nei delitti contro la libertà morale; Si veda C. Cupelli, 31 ss.

¹⁴⁸² G. Grasso, “Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie”, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1979, 90 ss; G. Fiandaca, “Il reato commissivo mediante omissione”, op. cit.; F. Sgubbi, “Responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento”, Padova, 1975; Si veda C. Cupelli, 31 ss.

¹⁴⁸³ C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴⁸⁴ C. Cupelli, op. cit., 31 ss.

¹⁴⁸⁵ C. Cupelli, “La responsabilità penale dello psichiatra: nuovi spunti, diverse prospettive, timide aperture”, in *Diritto penale e processo n. 3/2017*, p. 372 ss.

¹⁴⁸⁶ C. Cupelli, op. cit., 372 ss.

¹⁴⁸⁷ Cass. pen., Sez. IV, 04/02/2016, n. 41766, in *CED Cass. pen.*, 2016.

la pronuncia n. 14766 dell'anno 2016, relativamente al caso di una psicologa e di una psichiatra, entrambe in servizio presso una casa circondariale, imputate, per colpa generica e con specifica violazione delle regole dell'arte medica e dei doveri inerenti alla loro qualifica, per avere erroneamente valutato il rischio suicidario – individuato nelle pagine precedenti come “tipico fenomeno autolesivo” in cui esso sfocia – sussistente in capo a un detenuto, affetto da disturbi psichici, omettendo di adottare le doverose misure medico sanitarie e di controllo carcerario necessarie e sufficienti a tutelarne la salute psicofisica e a prevenirne gesti autolesionistici, avendone così cagionato la morte per asfissia meccanica¹⁴⁸⁸. Nell'esaminare la vicenda, la Corte coglie i punti centrali della tematica: a) i confini esatti della posizione di garanzia e i correlati margini di doverosità degli obblighi degli imputati; b) come valutare il margine di doverosità, in termini più ampi, della condotta del medico e quali fattori che vi incidono; c) nel caso di specie, se i disturbi clinici e i gesti autolesionistici reiterati dal detenuto potevano rappresentare indici tali da giustificare doverose misure medico-sanitarie e di controllo carcerario sufficienti a tutelarne la salute psico-fisica e a prevenirne gesti auto lesivi¹⁴⁸⁹. Partendo dal margine di “doverosità” dei comportamenti asseritamente omessi, è necessario preliminarmente individuare e circoscrivere i poteri impeditivi di cui, nelle specifiche situazioni concrete, il medico può disporre, perché si possa configurare il fatto tipico omissivo improprio, visto che la loro esistenza ed estensione condizionano portata ed efficacia dell'azione impeditiva giuridicamente imposta al garante¹⁴⁹⁰. Sebbene la giurisprudenza definisca “fattuale” il potere del titolare della posizione di garanzia, rischiando di inglobarvi al suo interno tutto ciò che può esplicare un'efficacia ostativa all'offesa del bene tutelato, l'attenzione deve essere posta sulla regola cautelare o regole invocabili nel caso concreto, dato che queste incidono e circoscrivono il potere di agire, ed il giudizio ha ad oggetto l' *an* dell'evento non impedito, ovvero se il corretto esercizio del potere, così come normativamente delineato dal consenso e dalla regola – che si ergono a parametri di guida per il giudice –, sarebbe valso ad evitare il rischio concretizzatosi nell'accadimento pregiudizievole verificatosi¹⁴⁹¹. Pertanto, il garante è tenuto a fare, per impedire la verifica di determinati eventi, quanto gli è imposto dall'osservanza delle regole di diligenza dettate dalla situazione particolare, poiché è la regola cautelare a dettare il “percorso” e gli

¹⁴⁸⁸ C. Cupelli, op. cit., 372 ss.

¹⁴⁸⁹ C. Cupelli, op. cit., 372 ss.

¹⁴⁹⁰ C. Cupelli, op. cit., 372 ss.

¹⁴⁹¹ C. Cupelli, op. cit., 372 ss.

strumenti per il miglior perseguimento del risultato, delineando il comportamento che, non tenuto, rappresenta la “condotta omissiva tipica”, a lui rimproverabile¹⁴⁹². Così, *“nel caso di suicidio di un paziente affetto da turbe mentali, qualora si arrivi a dimostrare che il terapeuta abbia applicato, nell’economia complessiva della specifica valutazione clinica, la terapia più aderente alla condizione del malato e alle regole dell’arte psichiatrica, potrà dirsi che il medico non avrebbe dovuto comportarsi diversamente da come ha fatto, disponendo una differente iniziativa, pur fattualmente dotata di efficacia impeditiva dell’evento, e concludersi che, non avendo errato nel non averla disposta, non abbia omesso una condotta diversa”*¹⁴⁹³. Dunque, non tutto ciò che è nei “poteri” del medico rientra nei suoi “doveri”, segnati dalla *leges artis*. Proseguendo, l’area entro cui può muoversi lo psichiatra è delineata dalla volontà¹⁴⁹⁴ del malato, nelle vesti della “partecipazione terapeutica” nella determinazione del trattamento praticato, per individuare lo “specifico obiettivo terapeutico” concertato¹⁴⁹⁵: come già ribadito, il consenso ha ad oggetto non solo l’*an* del “farsi curare”, ma anche il *quomodo*, e cioè le linee di massima delle modalità curative, della terapia più appropriata, nella valutazione comparativa dei costi e dei benefici, secondo la buona pratica clinica, incidendo sul “concetto/margine di rischio”, e quindi sui “doveri” del medico¹⁴⁹⁶. Sulla base di quanto illustrato, la Cassazione ha confermato l’assoluzione del medico psichiatra e della psicologa, sul rilievo che, alla luce dei dati clinici in loro possesso e dei parametri di valutazione individuabili nella letteratura scientifica, non poteva ravvisarsi un rischio suicidario concreto ed imminente, dovendo per altro verso escludersi ogni loro responsabilità per le riscontrate carenze organizzative dell’amministrazione penitenziaria¹⁴⁹⁷. Nel valutare il trattamento riservato al paziente, si è tenuto conto dell’esigenza di operare un corretto ed effettivo bilanciamento tra protezione dell’integrità, anche da sé stesso, salute, come estrinsecazione di dignità ed autonomia, volontà e libertà di autodeterminazione¹⁴⁹⁸. Dunque la conclusione è che *“nel caso del suicidio di un paziente affetto da turbe mentali, qualora si arrivi a dimostare che il terapeuta abbia applicato, nell’economia complessiva della specifica valutazione clinica, la terapia più aderente alle condizioni*

¹⁴⁹² C. Cupelli, op. cit., 372 ss.

¹⁴⁹³ C. Cupelli, op. cit., 372 ss.

¹⁴⁹⁴ I cui fondamenti sono, come già sottolineato, gli artt. 13 e 32 Cost, fondamenti e limitazioni della responsabilità penale dello psichiatra. Si veda C. Cupelli, op. cit., 372 ss.

¹⁴⁹⁵ C. Cupelli, op. cit., 372 ss.

¹⁴⁹⁶ C. Cupelli, op. cit., 372 ss.

¹⁴⁹⁷ C. Cupelli, op. cit., 372 ss.

¹⁴⁹⁸ C. Cupelli, op. cit., 372 ss.

*del malato e alle regole dell'arte psichiatrica (ad esempio, con somministrazione di farmaci antidepressivi appropriati), può dirsi che il medico non avrebbe dovuto comportarsi diversamente da come ha fatto, disponendo una differente iniziativa (pur fattualmente dotata di efficacia impeditiva dell'evento), e in conclusione che non ha errato nel non averla disposta e non ha ommesso una doverosa condotta*¹⁴⁹⁹.

Tabella 1. Fattori di rischio degli eventi autoaggressivi

Fattori di rischio biopsicosociali	Fattori di rischio ambientali	Fattori di rischio socioculturali
Disturbi mentali, dell'umore, schizofrenia, ansia grave e alcuni disturbi della personalità	Perdita di lavoro o finanziaria	Mancanza di sostegno sociale e senso di isolamento
Disturbi da abuso di sostanze	Perdite relazionali o sociali	Stigma associato con necessità di aiuto
Tendenze impulsivo e/o aggressive	Facile accesso ad armi letali	Ostacoli nell'accedere alle cure mediche, relative alla salute mentale e all'abuso di sostanze
Storia di trauma e abusi	Eventi locali di suicidio che possono indurre fenomeni di contagio	Alcune credenze culturali e religiose
Alcune patologie mediche gravi	Esposizione ad atti di suicidio, anche attraverso i mass media	
Precedenti tentativi di suicidio		
Storia familiare di suicidio		

¹⁴⁹⁹ C. Cupelli, op. cit., 372 ss.

Tabella 2. Fattori di rischio degli eventi eteroaggressivi

Predittori di rischio demografici ed anamnestici	Predittori di rischio clinici
Sesso maschile (maggiore frequenza e gravità)	Psicosi: ideazione delirante, allucinazioni uditive, concomitante abuso di alcol e/o sostanze, fasi di acuzie del quadro clinico, fasi di ricovero, scarsa aderenza al trattamento
Età giovanile (anziani con disturbi psico-organici)	Mania: ideazione delirante di grandezza o persecutoria, disorganizzazione del pensiero, tentativi di contenimento o limitazione dei progetti
Basso livello socio-economico	Disturbi di personalità: antisociale, borderline, paranoide
Ridotto supporto sociale	Abuso di sostanze
Disoccupazione	Disturbi psico-organici
Abusi infantili o storia di violenza familiare	
Uso di droghe o alcol (fattori disinibenti)	
Ritardo mentale o danni cerebrali (anche lievi)	
Eventi stressanti (problemi economici, cambiamenti improvvisi)	

5.4 Il coefficiente psicologico della “colpa” dello psichiatra prima della riforma Gelli-Bianco

Attraverso le premesse illustrate in tema di responsabilità medica, che qui occorre richiamare, è possibile comprendere meglio come si attegga il coefficiente psicologico del medico psichiatra. In campo medico, le linee guida ed i protocolli sono stati

valorizzati; fonti che rappresentano uno standard di garanzia, collaudato e controllabile, ai fini del miglioramento della qualità dell'assistenza¹⁵⁰⁰ ed allo scopo di conformare il sapere medico alla migliore scienza ed *esperienza codificata*¹⁵⁰¹, prestandosi ad essere utilizzati come bussole per l'individuazione delle condotte cautelari dovute, utili sia per l'operatore sanitario, che per il giudice per la selezione dello standard normativo¹⁵⁰². I pregi delle linee guida sono stati ricondotti a quattro punti essenziali: 1) oggettivizzazione del sapere medico; 2) strumento di gestione e di reperimento di conoscenze scientifiche; 3) uniformazione delle prassi mediche con riduzione delle diseguaglianze nell'allocazione dei servizi; 4) *favor* del modello di alleanza terapeutica. Tuttavia la giurisprudenza sul punto ha assunto una posizione contraddittoria, manifestando una "cauta diffidenza", poiché le linee guida contengono attendibili indicazioni generali riferibili al caso astratto, ma il medico è sempre tenuto ad esercitare prerogative proprie di scelta vagliando le peculiari circostanze della vicenda concreta, discostandosi da regole cristallizzate in linee guida e protocolli¹⁵⁰³. La tendenza a definire moduli cautelari precisi, oggettivi e monolitici, quindi, può condurre ad un effetto paralizzante dell'accertamento sulla colpa, attestandolo su livelli di standard o eccessivamente alto o eccessivamente bassi¹⁵⁰⁴. Inoltre, non tutte le linee guida e protocolli hanno contenuto e funzione cautelare, assolvendo compiti meramente organizzativi e gestionali, svincolati dall'obiettivo terapeutico, soprattutto se intriso della relazione con il paziente: è possibile attribuire dignità cautelare solo alle linee guida e protocolli di livello internazionale, in quanto "espressione di una comunità scientifica specialistica che condivide a livello sovranazionale le proprie acquisizioni e ne valida in tal modo il fondamento e la portata applicativa"¹⁵⁰⁵. Non va dimenticato, poi, come le regole cautelari in ambito medico si collochino su un piano strumentale rispetto all'obiettivo di cura perseguito, idonee a tradursi in un "ampio ventaglio di

¹⁵⁰⁰ M. Caputo, "Filo d'Arianna" o "Flauto magico"?, op. cit., 882. Si veda C. Cupelli, 135 ss.

¹⁵⁰¹ O. Di Giovine, "La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi", in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, 78 ss. Si veda C. Cupelli, 135 ss.

¹⁵⁰² C. Cupelli, 135 ss.

¹⁵⁰³ L. Riscato, "Le linee guida e i nuovi confini di responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto", in *Giust. Pen.*, 2013, II, c. 141 ss., con nota di P. Piras- A. Carboni, "La Cassazione interviene funditus sulle linee guida mediche", in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, p. 268 ss. Si veda C. Cupelli, 135 ss.

¹⁵⁰⁴ C. Valbonesi, "Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 276 ss.. Si veda C. Cupelli, 135 ss.

¹⁵⁰⁵ C. Valbonesi, op. cit., 276 ss., la quale propone un criterio di selezione volto ad attribuire finalità cautelare solo laddove linee guida e protocolli "integrino regole di condotta professionale a contenuto modale, direttamente incidenti sulla gestione e prevenzione del rischio, maturate, affermate e validate nell'ambito della comunità scientifica internazionale, formulate per un esclusivo o prevalente scopo di cura del paziente ed attualizzate sulla base dei continui progressi della scienza medica". Si veda C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

soluzioni prospettabili e non in un unico percorso vincolante, per ciò stesso in grado di esentare da responsabilità il medico che vi si sia uniformato”¹⁵⁰⁶. Esse rappresentano “un’arma a doppio taglio: la loro violazione può integrare una colpa specifica; per converso, il loro rispetto non esclude la responsabilità penale quante volte le circostanze del caso suggerissero al medico di discostarsene, adottando standard di cautela più elevati¹⁵⁰⁷, lasciando aperta la strada per una colpa generica. Con l’intervento della Balduzzi, alle linee guida è stato attribuito un ruolo fondante e non vincolante nell’accertamento della responsabilità penale del medico, prevedendo che “*l’operante le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve*”¹⁵⁰⁸. La norma, dunque, sembra essere finalizzata a circoscrivere l’area di responsabilità colposa “da imperizia” del medico che abbia rispettato linee guida e *best practices*, escludendola, salvo il caso in cui, invece, avrebbe dovuto discostarsene in ragione della peculiarità della situazione clinica del caso; in tal caso, la responsabilità penale potrà essere affermata in caso solo di colpa grave, cioè quando la necessità di discostarsi, alla luce di una regola di perizia, fosse macroscopica, immediatamente riconoscibile da qualunque altro sanitario al posto dell’imputato¹⁵⁰⁹. Da sottolineare è la differenza tra linee guida e le discipline, considerando che le prime definiscono “direttive generali per il compimento di una determinata operazione o per la conduzione di una determinata tipologia di atto diagnostico o terapeutico¹⁵¹⁰, mentre le seconde sono maggiormente inclini a prescrivere comportamenti con funzione preventiva, che però non si riducono ad una mera sequenza di condotte, “perché l’efficacia liberatoria della condotta conforme al protocollo non discende da un dato formale, qual è l’esistenza del protocollo, ma dal suo perdurante valore scientifico”¹⁵¹¹. Merito della

¹⁵⁰⁶ G. A. De Francesco, “L’imputazione della responsabilità penale in campo medico-chirurgico”, in *Riv. Med. Leg.*, 2012, 970 ss. Si veda C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵⁰⁷ O. Di Giovine, “La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi”, op. cit. Si veda C. Cupelli, op. cit., 135.

¹⁵⁰⁸ C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵⁰⁹ P. Piras, “In culpa sine culpa”, in www.penalecontemporaneo.it, 6; L. Risicato, “Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto”, op. cit.; F. Viganò, “Il medico che si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponderà per colpa lieve”, in www.penalecontemporaneo.it. Si veda C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵¹⁰ D. Castronuovo-L. Rampioni, “Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario”, Milano, 2011. Si veda C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵¹¹ F. Giunta, “Il reato colposo nel sistema delle fonti”, in *Giust. Pen.*, 2012, II, 589, il quale sottolinea i vantaggi della “procedimentalizzazione dell’agire diligente”, realizzata soprattutto attraverso protocolli, con riferimento, in primo luogo, “all’elevazione del livello medio delle prestazioni professionali, attraverso il loro allineamento all’evoluzione della scienza del settore”, visto che, grazie ai protocolli “circuiti professionali periferici entrano in diretto contatto con i più aggiornati progressi scientifici”. Inoltre, sotto il profilo dell’accertamento della colpa, il protocollo appare “il condensato di un sapere non

189 del 2012 è l'aver instaurato un percorso virtuoso, volto all'affinamento delle metodologie di elaborazione e adozione delle linee guida stesse, in vista della loro traduzione in indicazioni più precise circa la forza obbligatoria delle raccomandazioni che rappresentano il loro contenuto¹⁵¹². Il secondo aspetto saliente della modifica, cioè la figura della colpa lieve, ha creato difficoltà notevoli: la scelta di limitare la responsabilità alle ipotesi di colpa grave solo per la professione sanitaria, svincolata da qualsiasi riferimento ai profili di speciale difficoltà tecnica richiamati all'art. 2236 c.c., potrebbe apparire non del tutto giustificata dalla peculiarità dell'attività in questione, portanti con sé rischi gravi per la vita o incolumità delle persone¹⁵¹³. Un secondo interrogativo riguarda l'esatto ambito applicativo della responsabilità per colpa grave nel caso in cui siano state erroneamente osservate linee guida e buone pratiche formalizzate, mentre il medico avrebbe dovuto discostarsene: se egli non si è affatto posto il problema di valutarne la rispondenza alle esigenze del caso concreto, limitandosi ad un loro acritico recepimento, il suo contegno sarà qualificabile in termini di negligenza, rispondendo anche per colpa lieve; se invece, il medico le ha prese in esame, ma le ha erroneamente valutate o sottovalutando la possibilità di discostarsene, e le ha seguite letteralmente, ci si trova dinanzi ad un caso di imperizia, censurabile in

unico e solitario, quale è, invece, quello dell'inverosimile scienziato, artefice e depositario della migliore scienza ed esperienza, pronta a transitare *a posteriori* nella testa, altrettanto solitaria, del giudice"; nel protocollo, cioè, "si condensa il sapere di molteplici soggetti che hanno partecipato alla definizione delle regole cautelari e alla perimetrazione del rischio consentito". In sostanza: si cerca di "recuperare dal basso quel che la legge, il frutto di un'altra procedura legittimante, non riesce a dare con la sua volontà impositiva generale e astratta" e "la procedimentalizzazione è in un certo senso una nuova fonte pluralistica nella produzione della regola cautelare; è l'alternativa intermedia agli estremi della volontà della legge e del solipsismo interpretativo del consulente tecnico (o del perito) e del giudice". Si veda C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵¹² C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵¹³ In passato, la Corte Costituzionale si è pronunciata su una questione di legittimità sollevata, con ordinanza 21 marzo 2013, dal Tribunale di Milano, evidenziando: a) la violazione dell'art. 3 Cost. per l'indiscriminata applicazione a tutti gli operatori sanitari rispetto a qualsiasi reato colposo e l'ingiustificata disparità di trattamento per quei soggetti, diversi dagli operatori sanitari, che abbiano cooperato con il sanitario con colpa lieve; b) il contrasto con l'art. 25 Cost., per la carenza di tassatività che accompagna tanto la definizione di colpa lieve, quanto la mancata specificazione di quali siano "le fonti delle linee guida, quali siano le autorità titolate a produrle, quali siano le procedure di raccolta dei dati statistici e scientifici, di valutazione delle esperienze professionali, quali siano i metodi di verifica scientifica, e infine quale sia la pubblicità delle stesse per diffonderle e per renderle conoscibili agli stessi sanitari, così come per le prassi non viene specificato il metodo di raccolta, come possa individuarsi la "comunità scientifica" e se l'accreditamento debba provenire dalla "comunità scientifica" locale, regionale, nazionale, europea o internazionale"; c) il *vulnus* agli articoli 3 e 33 Cost., poiché "con un intervento così formulato, produce un risultato che rischia di burocratizzare le scelte del medico e quindi di avvilire il progresso scientifico", poiché la norma "deresponsabilizza penalmente soltanto chi si attiene alle linee guida e alle buone prassi con l'effetto di inibire e atrofizzare la libertà del pensiero scientifico, la libertà di ricerca e di sperimentazione medica, la libertà terapeutica che costituisce una scelta del medico e del paziente, perché confina ogni scelta diagnostica e/o terapeutica all'interno di ciò che è stato già consacrato e cristallizzato dalle linee guida o dalle buone prassi". Si veda C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

caso di colpa grave¹⁵¹⁴. Dunque, sulla base di quanto appena discusso, il rimprovero all'agente si limita al solo caso di colpa grave, ossia in quell'ipotesi in cui fosse riconoscibile palesemente la necessità di discostarsi da quel tipo di diligenza normativizzata ovvero di andarvi oltre, adottando maggiori cautele e allora indispensabile è la preliminare verifica della effettiva natura cautelare della regola osservata¹⁵¹⁵. La regola cautelare rilevante ai fini del rimprovero deve contenere una prescrizione che indichi i comportamenti ed i mezzi necessari ad evitare la lesione del bene giuridicamente tutelato, dato che essa è volta a stabilire condizioni operative di liceità dell'esercizio di attività pericolose¹⁵¹⁶: essa ha la funzione di indicare il modo in cui va svolta l'attività pericolosa¹⁵¹⁷. Ecco la ragione della necessità del carattere modale della regola cautelare: di conseguenza la tipicità colposa deve essere completata da un paradigma comportamentale che abbia ad oggetto la modalità d'azione¹⁵¹⁸. Inoltre, non deve mancare l'indispensabile nesso di causalità con l'evento che si è verificato, dato che la fonte scritta invocata, sia essa una linea guida o una buona pratica accreditata, dovrà essere volta a prevenire eventi del tipo di quello in concreto verificatosi, dovendosi richiamare il nesso di rischio tra regola cautelare violata ed evento *hic et nunc*, non essendo la semplice inosservanza della regola cautelare di per sé sufficiente a fondare la responsabilità a titolo di colpa specifica, se l'evento in concreto verificatosi non rappresenti proprio la concretizzazione del rischio che la norma violata mirava a prevenire¹⁵¹⁹. Tali fonti scritte, purtroppo, non godono di una elevata capacità di certezza in ordine alla autorevolezza della provenienza ed al contenuto delle prescrizioni¹⁵²⁰: non va dimenticato che, affinché l'inosservanza delle procedure previste nelle fonti scritte possa essere assunta a matrice degli eventi lesivi finali, è indispensabile accertare la reale efficacia impeditiva dell'evento, cioè che sia stata violata proprio una prescrizione contenuta nelle linee guida, provvista di caratteri

¹⁵¹⁴ C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵¹⁵ C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵¹⁶ F. Giunta, "Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa", Padova, 1993, 233. Si veda C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵¹⁷ F. Giunta, "La legalità della colpa", in *Criminalia*, 2008, 152 ss. Si veda C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵¹⁸ D. Micheletti, "La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione", in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2011, 153 ss. Si veda C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵¹⁹ D. Castronuovo, "La colpa penale", Milano, 2009, 135 ss. Si veda C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵²⁰ A titolo esemplificativo possono essere ricordate le più autorevoli linee guida del settore, cioè le "Nice guidelines", per la schizofrenia del marzo 2009, elaborate a livello internazionale dal National Institute for Health and Clinical Excellence, nei cui incipit si chiarisce che "dedicate ai principali trattamenti e servizi per le persone affette da schizofrenia", esse "non sono da ritenersi esaustive né definitive e sono necessariamente limitate viste le dimensioni di tale lavoro", National Collaborating Centre for Mental Health, "Schizophrenia: core interventions in the treatment and management of schizophrenia in adults in primary and secondary care", National Institute for Health and Clinical Excellence, Londra, 2009, in www.nice.org.uk. Si veda C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

strutturali e sostanziali tipici della regola cautelare¹⁵²¹. Pertanto, esse possono definirsi misure organizzative più che cautelari, finalizzate ad informare l'attività medica a canoni di virtuosa esecuzione, nella misura e nel limite in cui ciò rappresenti l'effetto benefico della razionalizzazione delle risorse, ma che non costituiscono regole cautelari significative di per sé ai fini della accertamento colposo, proprio per l'assenza di un diretto ed immediato legame con uno specifico evento dannoso o pericoloso da prevenire ed evitare, rapportandosi piuttosto ad una pluralità omogenea, ma inevitabilmente generica, di rischi, al cui cospetto si prospettano indicazioni di massima, come tali meramente orientative¹⁵²². Non si esclude la possibilità che in alcuni casi esse possano fondare la tipicità oggettiva del fatto colposo da addebitare al medico, dovendosi risalire alla violazione cautelare specifica che abbia causato l'evento *hic et nunc*¹⁵²³. Il modello appena ricostruito sembra voler presentarsi come un mezzo, a disposizione dei giudici, per vincere la difficoltà nell'accertamento della responsabilità colposa, quasi una scorciatoia processuale che favorisce l'automaticità dell'accertamento, obliterando la fase della verifica della prevedibilità ed evitabilità dell'evento¹⁵²⁴. Il giudice, dunque, deve accertare la precipua natura cautelare della prescrizione connessa all'evento *hic et nunc* e vagliare la colpa alla luce del "concorso di precetti cautelari": dall'art. 3 della legge n. 189 del 2012 si evincono diverse ipotesi: a) concorso apparente, quando "la portata preventiva della singola regola codificata, che il medico applica, è incongruente rispetto allo specifico e concreto rischio, inerente quel singolo segmento del processo diagnostico/terapeutico, per la cui gestione è dunque adatta soltanto una diversa *lex artis* non esplicitata in linee guida"; b) un concorso cumulativo, "tra le linee guida (o buone pratiche in genere) e le ordinarie regole di diligenza e prudenza, che naturalmente integrano quelle di perizia, agendo su un altro piano", ovvero "quando i dettami delle *guidelines* sono in varia guisa bisognosi di combinarsi con ulteriori *leges artis* non codificate; c) un concorso alternativo, "nel caso in cui la raccomandazione contenuta nella linea guida o nel protocollo è effettivamente volta a contenere il tipo di rischio in concreto sussistente, ma esattamente allo stesso scopo sono predisposte differenti regole cautelari", ulteriormente distinguendosi tra alternativa apparente ed effettiva, a seconda che il precetto cautelare della linea guida, pur astrattamente concepito per fronteggiare una determinata situazione clinica, risulti o

¹⁵²¹ G. Civello, "Responsabilità medica e rispetto delle "linee-guida", in *Arch. Pen.*, 2013, n. 1, 23. Si veda C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵²² C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵²³ C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵²⁴ C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

meno poi effettivamente adeguato allo scopo¹⁵²⁵. Solo il primo caso, di concorso apparente di regole cautelari corrisponde, per *ratio* all'art. 3, comma 1, poiché in simili evenienze “il medico applica alla lettera una raccomandazione operativa prescritta da una linea guida, che esattamente persegue lo scopo di contenere quel tipo di rischio, il quale, nondimeno, si sviluppa in un evento avverso; miglior risultato egli avrebbe ottenuto, a parere del giudice, se avesse applicato altra regola cautelare, diversa da quella formalizzata, e concepita per quello stesso rischio”¹⁵²⁶. Cosicché, può ritenersi che “il sanitario correttamente si attiene alle linee guida, rispettandone i contenuti espliciti ed impliciti, il tenore letterale e la funzione sostanziale, eppure incorre lo stesso in colpa, per difettosa inosservanza di una cautela che si suppone più adeguata”¹⁵²⁷. Colpa che può ritenersi grave quando “ponendosi in varia misura dal punto di vista del soggetto agente si possa affermare che la regola alternativa disattesa era particolarmente riconoscibile e convincente, a dispetto delle contrarie indicazioni di linee guida accreditate presso la comunità scientifica”¹⁵²⁸. Una volta che questo duplice vaglio sia stato superato, linee guida e buone pratiche assumono i tratti di regole di condotta condivise, che traducono la perizia minima occorrente per governare una determinata patologia in astratto, senza esaurire del tutto il margine di diligenza necessario¹⁵²⁹. Per riassumere brevemente quanto esposto, la verifica dell'imputazione colposa si snoda in due fasi: la concretizzazione del rischio, cioè che le linee guida e le buone pratiche violate fossero finalizzate a prevenire il verificarsi di quell'evento che in concreto si è poi verificato, e del comportamento alternativo lecito, ovvero l'effettiva capacità impeditiva dell'evento del comportamento doveroso omesso, conforme alle fonti scritte¹⁵³⁰. Le linee guida e buone pratiche rappresentano uno standard minimo, il quale formalizza opzione di prevedibilità in astratto, non esaustivo, normando le ipotesi di colpa specifica che non esaurisce il *quantum* di diligenza, nel caso di specie perizia,

¹⁵²⁵ C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵²⁶ C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵²⁷ C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵²⁸ A. Vallini, “L'art. 3 del “decreto Balduzzi” tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità”, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, 735 ss. Si veda C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵²⁹ Possono prospettarsi diversi scenari: a) il medico non si attiene alle linee guida e buone pratiche, rimanendo sostanzialmente inerte, configurando la possibilità di una responsabilità per colpa specifica, per violazione delle prescrizioni scritte, sempre che l'evento sia del tipo di quelli che le norme miravano ad evitare; b) il medico non si attiene a linee guida e buone pratiche, ma fa altro; interviene cioè in maniera difforme rispetto alle fonti scritte, motivando la deroga con le necessità e le peculiarità del caso concreto, ma la scelta si rivela erronea; c) il medico si attiene alle linee guida e buone pratiche, pur dovendo fare altro, in presenza di evidenti segni che lo avrebbero dovuto spingere a discostarsene; Si veda C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵³⁰ C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

occorrendo richiamarsi ai criteri di colpa generica¹⁵³¹. Può dirsi che il medico è chiamato ad orientare le proprie scelte di cura, ponderando le circostanze peculiari di ogni singolo e specifico caso concreto, considerando anche le aspettative di cura del malato, secondo una visione soggettiva ed individualizzante del concetto di salute, che si riflette sul contenuto della regola cautelare, con l'esistenza di fonti scritte, astratte e generali, da sottoporre ad un triplice vaglio circa la loro attendibilità, natura e conformità, intesa come praticabilità ed adattabilità al caso concreto¹⁵³². Solo, infine, un corretto bilanciamento tra libertà, responsabilità e vaglio discrezionale possono fondare una deliberazione medica appropriata¹⁵³³. La giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di esprimersi nella sentenza "Cantore", depositata il 9 marzo del 2013, n. 16237, avente ad oggetto un caso classico di *malpractice*, in relazione all'attività medico-chirurgica, e statuisce che le linee guida "costituiscono sapere scientifico e tecnologico codificato, metabolizzato, reso disponibile in forma condensata, in modo che possa costituire un'utile guida per orientare agevolmente, in modo efficiente ed appropriato, le decisioni terapeutiche", attraverso il quale "si tenta di oggettivare, uniformare le valutazioni e le determinazioni; e di sottrarle all'incontrollato soggettivismo del terapeuta"¹⁵³⁴. Nonostante ciò non "danno luogo a norme propriamente cautelari e non configurano, quindi, ipotesi di colpa specifica", in ragione soprattutto "della loro natura di strumenti di indirizzo ed orientamento, privi della prescrittività propria di una regola cautelare, per quanto elastica"¹⁵³⁵. La Corte di Cassazione ritiene che esse "vadano in concreto applicate senza automatismi, ma rapportandole alle peculiari specificità di ciascun caso clinico"¹⁵³⁶. Quanto alla distinzione tra colpa lieve e colpa grave, l'entità della violazione viene rapportata "agli standard di perizia richiesti dalle linee guida, dalle virtuose pratiche mediche o, in mancanza, da corroborate informazioni scientifiche di base": "quanto maggiore sarà il distacco dal modello di comportamento, tanto maggiore sarà la colpa; e si potrà ragionevolmente parlare di colpa grave solo quando si sia in presenza di una deviazione

¹⁵³¹ C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵³² P. Veneziani, "*I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*", op. cit., rileva che "il riferimento ad un agente modello pare in ogni caso destinato a mantenere una sua validità, soprattutto nel settore dell'attività medico-chirurgica, dove – per quanto analitiche – le linee guida, e più in generale le previsioni cautelari formulate in astratto, non possono essere in realtà esaustive, risultando irrinunciabile una specifica attenzione alle possibili peculiarità legate al caso singolo, ed alle caratteristiche di ciascun paziente". Si veda C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵³³ C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵³⁴ C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵³⁵ C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵³⁶ C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

ragguardevole rispetto all'agire appropriato definito dalle standardizzate regole d'azione"¹⁵³⁷. La peculiarità del caso concreto richiede che "non si potrà mancare di valutare la complessità, l'oscurità del quadro patologico, la difficoltà di cogliere e legare le informazioni cliniche, il grado di atipicità o novità della situazione data", né "si potrà trascurare la situazione nella quale il terapeuta si trovi ad operare: l'urgenza e l'assenza di presidi adeguati (...) rendono difficile anche ciò che astrattamente non è fuori dagli standard"¹⁵³⁸. Un ultimo punto merita di essere toccato nell'indagine sulla colpa: vi sono casi in cui il sanitario, nel caso di specie lo psichiatra, si trova ad operare costretto e qui la Cassazione richiama l'art. 2236 c.c., regole civilistica che statuisce che "*se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave*", in relazione ad un caso che ha visto coinvolta la figura dello psichiatra per responsabilità colposa dovuta al suicidio di un paziente¹⁵³⁹. L'articolo citato in questa circostanza venne innalzato a "criterio di razionalità del giudizio", invocabile come "regola di esperienza cui il giudice possa attenersi nel valutare l'addebito di imperizia sia quando si versi in una situazione emergenziale, sia quando il caso implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà"¹⁵⁴⁰: la colpa del terapeuta ed in genere dell'esercente una professione di elevata qualificazione va parametrata alla difficoltà tecnico-scientifica dell'intervento richiestogli; ed al contesto in cui esso si è svolto¹⁵⁴¹. Il richiamo dell'art. 2236 c.c. sembrò "rivitalizzare" il profilo soggettivo della colpa, "individualizzando il rimprovero di colpa e non fissando ai consociati pretese di diligenza irragionevolmente

¹⁵³⁷ C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵³⁸ C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵³⁹ Sentenza n. 4391/2012, riflessioni di R. Blaiotta, "*La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*", 313 ss.. Il caso riguardava un paziente affetto da schizofrenia di tipo paranoide e degente di una comunità terapeutica protetta, che veniva rinvenuto al suolo con gravi lesioni personali a seguito della caduta da una finestra della struttura, e ricoverato in ospedale, decedeva a causa di affezione polmonare. Il direttore sanitario della casa di cura veniva condannato per omicidio colposo, per aver omesso, quale garante, di adottare misure atte ad impedire il suicidio del paziente ed in particolare: a) di predisporre una adeguata vigilanza da parte del personale; b) di prescrivere una terapia farmacologica appropriata ed accorgimenti atti ad impedire l'accesso dei pazienti alle finestre dei locali in cui erano ospitati; c) di trasferire il paziente in un presidio sanitario in grado di apprestare una adeguata terapia, ravvisandosi addirittura la possibilità di richiedere un trattamento sanitario obbligatorio. I giudici di merito, trovando il sostanziale avallo in sede di legittimità, attribuivano la precipitazione ad un gesto autolesivo, ritenendo peraltro il caso "per nulla difficile e tale quindi da poter essere fronteggiato con interventi conformi agli standard, escludendo pertanto che ricorressero ragioni per parametrare l'imputazione soggettiva al canone della colpa grave"; Si veda C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵⁴⁰ L. Risicato, "*L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco*", Torino, 2013. Si veda C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵⁴¹ A. Roiati, "*Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*", op. cit.; A. Di Landro, "*La colpa negli Stati Uniti e in Italia*", Torino, 2009, 161; G. Fiandaca, "*Appunti su causalità e colpa nella responsabilità medica*", Firenze, 2010, 185 ss; F. Centoze, "*La normalità dei disastri tecnologici*", Milano, 2004, 382; F. Introna, "*Responsabilità professionale medica e gestione del rischio*", in *Riv. It. Med. Leg.*, 2007, 643 ss. Si veda C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

alte in rapporto alla loro effettiva possibilità di conformarsi ai precetti”¹⁵⁴², considerando tutte quelle situazioni in cui l’osservanza della regola cautelare risulti ragionevolmente non esigibile dal soggetto nella situazione concreta in cui opera¹⁵⁴³. Dunque, l’articolo 2236 c.c. limita verso l’alto la responsabilità solo in quelle ipotesi di peculiare difficoltà squisitamente tecnica dell’intervento oggettivamente considerato¹⁵⁴⁴, cioè è parametro di una “inesigibilità contingente”, per le difficoltà tecniche e scientifiche della prestazione, per l’urgenza indifferibile e la concitazione in cui il medico è chiamato ad intervenire, nonché del suo stato personale, di stanchezza ad esempio, così che questo contesto rende inesigibile all’agente concreto ciò che può essere preteso dall’*homo eiusdem condicionis et professionis* fuori da esso; il parametro discusso assurge, allora, a parametro di misurazione soggettiva della colpa, per inesigibilità e anche per mancato raggiungimento, in alcuni casi, della soglia colposa rilevante penalmente¹⁵⁴⁵. Tutto quanto appena discusso, nel campo d’azione dello psichiatra, causa maggior perplessità e problematiche per l’inadeguatezza di queste fonti scritte, astratte e generali, l’incapacità di rendere prevedibile l’imprevedibile e di uniformare la variabilità delle manifestazioni cliniche e, soprattutto, delle conseguenze dei disturbi psichici¹⁵⁴⁶, tenute a mente le specificità della scienza psichiatrica: non tutti i fattori dell’intervento psichiatrico rispetto alla “mente” sono “modellizzabili o traducibili in algoritmi, o conosciuti o conoscibili”, così come quei fattori complessi, relazionali, sociali, “che interagiscono con altri fattori biologici (...) in modalità non

¹⁵⁴² F. Viganò, “*Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*”, op. cit., 967 ss; M. Caputo, “*Agente modello e responsabilità per colpa in campo sanitario*”, Milano, 2012, 116, il quale tiene conto della soggettivizzazione del rimprovero e ridisegna la figura dell’agente modello, sulla base di un complessivo sistema articolato in tre gradi di giudizio: “1) verifica della *professio* e delle sue note distintive; 2) *condicio*, ovvero contesto organizzativo in cui l’agente si trovi ad operare; 3) *focus* sull’attitudine del soggetto reale, in ragione del suo potere di agire, a uniformare la propria condotta a quella dell’*homo eiusdem*”. Si veda C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵⁴³ C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵⁴⁴ C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵⁴⁵ C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵⁴⁶ S. Jourdan, “*La responsabilità dello psichiatra per le azioni violente compiute dal paziente: prevedibilità dell’evento e possibilità di evitarlo*”, Torino, 2006, evidenzia che “laddove il trattamento sanitario deve o può discostarsi dalle linee guida per varie ragioni, fra cui la volontà del paziente, la particolarità della situazione o anche la formazione culturale e pratica del medico stesso, in condizioni cliniche nelle quali diversi approcci terapeutici sono consentiti perché non ve n’è uno nettamente prevalente sugli altri nelle aspettative di successo secondo gli studi epidemiologici al momento disponibili. La psichiatria è proprio uno di questi campi e, pur essendo in atto un notevole sforzo in sede clinica e scientifica verso una standardizzazione dei criteri diagnostici e un avvicinamento delle diverse scuole nelle impostazioni terapeutiche di base, si è ancora molto lontani da questo obiettivo e vi sono tuttora correnti di pensiero assai diverse e contrastanti su come trattare casi singoli e, in particolare, sulle cautele e sulle eventuali misure di contenimento da adottare di fronte a un rischio di suicidio o di etero-aggressività”. Si veda C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

sempre prevedibili e riproducibili”¹⁵⁴⁷. Per quanto concerne la rimproverabilità per la presenza del coefficiente psicologico della colpa ed il necessario accertamento della prevedibilità ed evitabilità dell’evento, le condotte imprudenti e/o inconsulte proprie dei pazienti psichiatrici costituiscono il fattore fisiologico della loro imprevedibilità: vero è che la malattia psichiatrica rappresenta il più importante fattore del “rischio suicidio” ed altrettanto vero è che lo psichiatra si trova in una posizione “privilegiata per un’attenta valutazione del rischio e per la possibilità di predisporre misure di prevenzione”, considerando che “il paziente che lo psichiatra tratta è un paziente selezionato, nel senso che presenta un disturbo mentale diagnosticabile ed inoltre l’ambiente in cui lo psichiatra opera è il più adatto per l’assunzione di tutte le misure idonee per circoscrivere il rischio suicidario”¹⁵⁴⁸. Tuttavia nel caso specifico “la natura composita e multidisciplinare del substrato ideologico-culturale della psichiatria, l’assenza di precisi criteri nosografici di valutazione, il difetto di canoni fissi e di scelte codificate. Finiscono per creare un evidente deficit di determinatezza scientifica”¹⁵⁴⁹. L’apporto delle neuroscienze possono assurgere ad ausilio del giudice nell’accertamento della libertà del volere e quindi dell’infermità mentale, in sostanza dell’imputabilità, del soggetto autore del reato, all’interno del processo penale, per ricostruire l’*iter* decisionale che ha portato l’imputato verso l’atto criminale, mentre ha meno valore nella fase terapeutica, in chiave predittiva, rimessa alla competenza dello psichiatra: la valutazione del rischio è un’operazione dal risultato matematicamente definito solo *a posteriori*, ovvero in esecuzione della c.d. “autopsia psicologica”¹⁵⁵⁰. La prognosi psichiatrica resta, ontologicamente, caratterizzata da un alea di imprevedibilità, che deve essere necessariamente tollerato dalla società, e dunque difficile diventa l’enucleazione di regole cautelari predefinite e l’individuazione di tassative *leges artis* in base alle quali uno specifico atto terapeutico rappresenti una loro violazione, quindi degli obblighi, *sub specie* dell’obbligo di garanzia, gravanti sul medico agente¹⁵⁵¹. Allora l’attenzione deve spostarsi sulla evitabilità, richiamando i mezzi terapeutici, a

¹⁵⁴⁷ S. Borghetti – A. Erlicher, “Linee guida, vincolo normativo o supporto? Ovvero, l’operatore in bilico tra filo d’Arianna e richiamo del pifferaio magico”, Milano, 2011, 149 ss. Si veda C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵⁴⁸ P. Girolami – S. Jourdan, “Lo psichiatra e il suicidio del paziente. Viaggio attraverso le categorie giuridiche delle “obligations de sécurité” e degli “obblighi di protezione”, in Riv. Med. Leg. It., 2001, 60 ss. Si veda C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵⁴⁹ A. Gargani, “La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione”, op. cit. Si veda C. Cupelli, op. cit., 135.

¹⁵⁵⁰ P. Girolami – S. Jourdan, op. cit., intendono con questa locuzione la ricostruzione retrospettiva della vita di una persona scomparsa, necessaria per meglio comprendere la sua morte e le cause che l’hanno provocata. Si veda C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵⁵¹ C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

base farmacologica, a disposizione dello psichiatra, saggiandone l'efficacia relativa alla prevedibilità in concreto, la capacità impeditiva, l'interrelazione tra questi ed i poteri di agire¹⁵⁵². Tra i diversi rischi prospettabili, vi è quello più grave, auto-lesivo, del suicidio. Paradossalmente, esso, prevedibile in termini astratti e generali, non può essere formalizzato in cautele, se non in regole cautelari improprie – come già affermato – idonee a minimizzarlo ed non del tutto annullarlo: la formalizzazione della perizia in questo caso sul piano della colpa specifica non è praticabile¹⁵⁵³. In conclusione, quell'alleanza terapeutica su cui dovrebbe fondarsi la medicina e soprattutto il rapporto tra il “libero” (e buon) psichiatra ed il paziente sembra essere mortificato, rinunciando all'individualizzazione del percorso di guarigione, per un trattamento comune, condiviso, generalizzato, standardizzato, non costruito sul singolo caso e rispondente alle esigenze non di un “malato”, ma di una persona sofferente e del suo contesto biologico, economico, sociale, relazionale, di personalità¹⁵⁵⁴. Alla luce di quanto affermato e dei problemi esistenti, si è tentato di ridimensionare la responsabilità medica, compresa quella dello psichiatra, ridefinendo la posizione di garanzia, in relazione all'evoluzione del ruolo della volontà del paziente che ha inciso sui confini della stessa, rispetto alle possibilità di intervento, circoscrivendola agli obblighi impeditivi¹⁵⁵⁵. Inoltre, come già detto, la regola cautelare anche delimita la posizione di garanzia, nel senso che solo ciò che è evitabile, oltre che prevedibile, può essere richiesto come obbligo di attivarsi dello psichiatra¹⁵⁵⁶: così il potere di agire viene a dipendere “dalla normativa extrapenale, che offre modelli preformati di evitabilità al di fuori dei quali non ha senso giuridico porsi il problema della capacità di intervento dell'agente *hic et nunc*”¹⁵⁵⁷.

¹⁵⁵² C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵⁵³ C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵⁵⁴ C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵⁵⁵ C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵⁵⁶ C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

¹⁵⁵⁷ F. Giunta, “*La responsabilità per omissione nel progetto preliminare di riforma del codice penale*”, in *Dir. Proc. Pen.*, 2001, p. 405. Si veda C. Cupelli, op. cit., 135 ss.

5.5 Il 590 *sexies* c.p. come “nuovo” fondamento giuridico della responsabilità medica

Quanto fino ad ora illustrato si rivela indispensabile e prodromico ai fini dell’analisi del nuovo contesto normativo di riferimento della responsabilità penale del medico – di rilevanza anche per la *species* del medico psichiatra –, essendo esso mutato con l’abrogazione della disciplina introdotta dalla Balduzzi¹⁵⁵⁸, L. 189 del 2012, e la sua sostituzione ad opera della legge n. 24 del 2017¹⁵⁵⁹, introduttiva, quest’ultima, del nuovo articolo 590 *sexies* c.p., attraverso il primo comma dell’art. 6 della menzionata fonte normativa e rubricato “*Responsabilità colposa per morte e lesioni personali in ambito sanitario*”, ai sensi del quale “*Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell’esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma*”¹⁵⁶⁰. Quest’ultimo dispone che “*Qualora l’evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi della legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto*”¹⁵⁶¹. La nuova disposizione, pur confermando per

¹⁵⁵⁸ È necessario brevemente delineare il quadro previgente per coglierne le differenze con l’attuale regime. L’art. 3 della L. 189 del 2012, abrogato dal citato art. 6 della Gelli-Bianco così disponeva: “*L’esercente della professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve*”. Dunque la responsabilità colposa risultava così limitata, derivante questa dal mancato rispetto delle “linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica”: esse sono indicazioni della comunità medica elaborate in seno alle associazioni degli specialisti in ciascuna branca della medicina, in merito alle modalità di esecuzione, ai rischi, agli effetti collaterali e ai benefici di ciascuna pratica medico-chirurgica, in relazione alle specifiche patologie che è destinata a curare. La Corte di Cassazione con la sentenza n. 16237 del 2013 evidenziò che le linee guida costituiscono “*direttive generali ed istruzioni di massima*”, dirette al sanitario perché ne faccia applicazione, calandole nel caso concreto, ovvero esse necessitano di “*adattamento*”. Ed allora occorrerà accertare la “*perizia*” del sanitario. Conseguenzialmente, l’elemento soggettivo, richiesto, del reato, “*la colpa lieve*”, ridusse l’area di responsabilità ai soli casi di colpa grave per imperizia, con l’irrelevanza penale, ferma la responsabilità civile, delle ipotesi di colpa lieve nell’adattamento delle linee guida al caso concreto. Con altra pronuncia, n. 23283 del 2016 la Corte sottolinea che il parametro valutativo non sempre sia la “*perizia*”, considerando che le prestazioni richieste possono riguardare tanto l’ “*accuratezza*” quanto “*l’adeguatezza professionale*”, e che le raccomandazioni contenute nelle linee guida possono essere rivolte a personale diverso da quello medico, per cui la perizia non sia richiesta. Infatti la “*colpa generica*” può attenersi a profili diversi dall’imperizia. Queste due soluzioni offerte hanno rappresentato spunti riflessivi ed ispirazioni per il legislatore della novella n. 24 del 2017. Si veda F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

¹⁵⁵⁹ A. Buzzoni, “*Responsabilità medica e sanitaria: la riforma Gelli*”, Milano, 2017, 41 ss.; F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

¹⁵⁶⁰ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

¹⁵⁶¹ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

alcuni aspetti quella precedente, presenta dei profili di novità¹⁵⁶². Al pari dell'articolo 3 del Decreto Balduzzi, il legislatore della novella del 2017 ha dettato una disciplina speciale per le fattispecie di omicidio e lesioni colpose commesse “*nell'esercizio della professione sanitaria*”, che deroga *in parte qua* a quella generale di cui agli artt. 589 e 590 c.p.¹⁵⁶³ La precedente disciplina, lo si ricorda, statuiva che “*L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve*”: mancava, come ha evidenziato la Corte di Cassazione, alcun riferimento alla tipologia di colpa in cui fosse incorso il sanitario, consentendone l'applicazione anche fuori dei casi di perizia¹⁵⁶⁴. Al contrario, il secondo comma dell'art. 590 *sexies* c.p. esordisce con un espresso e univoco riferimento all'imperizia, così da restringere il campo operativo della disciplina in esame. Per il sanitario, dunque, che ha compiuto il fatto con negligenza ed imprudenza, non sarà possibile invocare la norma: considerando il carattere eccezionale della disposizione, deve trovare applicazione qui l'art. 14 delle Preleggi, che ne impedisce l'estensione in via analogica¹⁵⁶⁵. La Corte di Cassazione con sentenza n. 33770 dell'11 luglio del 2017 afferma incidentalmente che “*l'inosservanza delle linee guida e, comunque, delle buone pratiche clinico assistenziali, nonché la (corretta) qualificazione della condotta della ricorrente come caratterizzata da “negligenza” piuttosto che da “imperizia” escluderebbero anche la configurabilità dell'ipotesi di non punibilità del fatto prevista dal nuovo art. 590 *sexies* c.p. (introdotto dalla L. n. 24 del 2017, art. 6), che oggi disciplina la responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie in relazione alle fattispecie di omicidio colposo e lesione personali “colpose”*”¹⁵⁶⁶. Occorre rilevare che, al pari della previgente disciplina, il comma secondo dell'art. 590 *sexies* c.p. assegna rilevanza, ai fini dell'accertamento della responsabilità penale del sanitario, al rispetto delle “linee guida” e delle “buone pratiche”, sebbene in termini differenti rispetto al passato: la precedente disposizione statuiva che “*le linee guida e buone pratiche assistenziali accreditate dalla comunità scientifica*”, laddove la nuova disposizione appare più precisa nel richiedere il rispetto delle “*raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle*

¹⁵⁶² F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

¹⁵⁶³ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

¹⁵⁶⁴ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

¹⁵⁶⁵ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

¹⁵⁶⁶ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

*predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto*¹⁵⁶⁷. Il legislatore, in primo luogo, non pone più sul medesimo piano linee guida e buone pratiche, oggi indicate come “clinico-assistenziali”, ma prevede un criterio di residualità, tale per cui le buone pratiche assumono rilievo solo in mancanza delle linee guida¹⁵⁶⁸. Per quanto riguarda i requisiti necessari perché le linee guida possano essere prese in considerazione dal giudice penale, mentre per l’art. 3 della Balduzzi disponeva che fossero “*accreditate dalla comunità scientifica*”, oggi il secondo comma dell’art. 590 *sexies* c.p. richiede che le linee guida siano “*definite e pubblicate ai sensi di legge*”, precisando che “*le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto*”¹⁵⁶⁹. In riferimento al primo requisito di carattere formale, l’art. 5 della legge 24 del 2017 disciplina puntualmente il procedimento per il riconoscimento e la pubblicazione delle linee guida, rubricato “*Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida*”, prevede innanzitutto, al primo comma, che gli esercenti le professioni sanitarie, “*nell’esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida*”¹⁵⁷⁰. La norma, dunque, individua i soggetti tenuti al rispetto delle linee guida e precisa l’ambito delle attività sanitarie interessate, fornendo utili indicazioni, anche in sede penale, in merito all’estensione oggettiva della nuova disciplina, riferendola anche alle fasi preparatorie e a quelle post-operatorie¹⁵⁷¹. Il primo comma dell’articolo in esame prosegue richiedendo che le predette linee guida siano “*pubblicate ai sensi del comma 3*”, ed elaborate “*da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute*”; infine al pari dell’art. 590 *sexies*, secondo comma, la norma prevede che in via residuale, in mancanza delle raccomandazioni previste dalle linee guida, “*gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali*”¹⁵⁷². Il terzo comma dell’art. 5, in riferimento alla pubblicazione delle linee guida, prevede che “*L’Istituto superiore di sanità pubblica nel proprio sito internet le linee guida e gli aggiornamenti*

¹⁵⁶⁷ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

¹⁵⁶⁸ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

¹⁵⁶⁹ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

¹⁵⁷⁰ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

¹⁵⁷¹ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

¹⁵⁷² F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

delle stesse indicate dal Sistema Nazionale per le linee guida, previa verifica della conformità della metodologia adottata a standard definiti e resi pubblici dallo stesso Istituto, nonché della rilevanza delle evidenze scientifiche dichiarate a supporto delle raccomandazioni”¹⁵⁷³. Il giudice di legittimità, con sentenza n. 28187 del 2017, c.d. “Tarabori”, condivise la scelta di fondo della novella, affermando la “*recisa volontà di costruire un sistema istituzionale, pubblicistico, di regolazione dell’attività sanitaria, che ne assicuri lo svolgimento in modo uniforme, appropriato, conforme ad evidenze scientifiche controllate*”¹⁵⁷⁴. È necessario illustrarne brevemente il caso ed offrirne una ricognizione dei tratti principali della pronuncia, per la pertinenza che essa ha con la tematica trattata, dato che vede come protagonista proprio un medico psichiatra. La Corte di Cassazione, come già sottolineato, si esprime per la prima volta in riferimento alla nuova disciplina della responsabilità medica contenuta nella cd. “Legge Gelli-Bianco”, affrontando un caso di responsabilità “colposa” di uno psichiatra, dirigente di un centro di salute mentale, per atti etero-aggressivi posti in essere da un paziente nei confronti di altro malato ricoverato nella medesima struttura, nel gennaio 2014¹⁵⁷⁵. Nel dettaglio, il G.I.P. presso il Tribunale di Pistoia dichiarava non luogo a procedere nei confronti del medico psichiatra, al quale si contestava, quale responsabile dell’ufficio Salute Mentale A.S.L. 3 di Pistoia avente in cura il paziente G.L., nonché quale sanitario di riferimento del piano riabilitativo redatto per il richiamato paziente, di aver colposamente posto in essere, ai sensi dell’art. 589 c.p., una serie di condotte attive ed omissive, da qualificarsi come condizioni necessarie perché il paziente L. addivenisse ad una aggressione sfociata poi nella morte di un altro malato, M.L.¹⁵⁷⁶ Difatti, il signor L. ebbe a sferrare, la notte del 16 gennaio del 2014, numerosi colpi al capo ed al collo del signor T., con un’ascia lasciata incustodita presso la richiamata struttura, perché infastidito dal comportamento della persona offesa¹⁵⁷⁷. Nella sentenza del G.I.P. si rileva che nella condotta dell’imputato non emergono profili di rimproverabilità colposa e che l’azione dello psichiatra non può considerarsi come causa scatenante dell’imprevedibile gesto eterolesivo¹⁵⁷⁸. Avverso la citata sentenza ha proposto ricorso per cassazione la parte civile. Il ricorrente lamenta un errore nell’applicazione della legge penale, in relazione ai profili di colpa commissiva ed omissiva, sfociato in

¹⁵⁷³ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

¹⁵⁷⁴ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

¹⁵⁷⁵ Si veda l’illustrazione della sentenza n. 28187/2017, su www.simlaweb.it.

¹⁵⁷⁶ Sentenza n. 28187/2017, su www.simlaweb.it.

¹⁵⁷⁷ N. 28187/2017, su www.simlaweb.it.

¹⁵⁷⁸ N. 28187/2017, su www.simlaweb.it.

un'erronea valutazione del G.I.P. rispetto ai profili di colpa ascrivibili all'imputato, e altresì un vizio motivazionale in ordine alla rilevanza della riduzione della terapia farmacologica. Infine, viene denunciato un vizio motivazionale in ordine alla ritenuta imprevedibilità del gesto etero-aggressivo, ripercorrendo la storia clinica del L., caratterizzata da abuso di sostanze stupefacenti, esplosioni di rabbia e da un fallito gesto suicidario, oltre che dalla pregressa uccisione della fidanzata S.G. La Corte di Cassazione censura preliminarmente la scelta del giudice di merito di negare l'espletamento di apposita perizia per chiarire la conferenza delle scelte terapeutiche effettuate dal sanitario imputato, in quanto scelta che non tiene conto dell'insegnamento espresso dal diritto vivente rispetto all'apprezzamento della prova scientifica nel giudizio penale. Ciò posto, la Suprema Corte affronta il tema della responsabilità colposa del medico psichiatra. Al riguardo, la giurisprudenza di legittimità già ha chiarito che l'obbligo giuridico che grava su questa figura centrale risulta potenzialmente qualificabile al contempo come obbligo di "controllo", equiparando il paziente ad una fonte di pericolo, rispetto alla quale il garante avrebbe il dovere di neutralizzarne gli effetti lesivi verso terzi, e di "protezione" del paziente medesimo, soggetto debole, da comportamenti pregiudizievoli per sé stesso. In tali casi, e tenendo conto della complessità della materia psichiatrica, il giudice deve verificare, con una valutazione *ex ante*, l'adeguatezza delle pratiche terapeutiche poste in essere dal sanitario a governare il rischio specifico, pure a fronte di un esito infausto sortito dalle stesse; in tale percorso valutativo, vengono in rilievo le raccomandazioni contenute nelle linee guida, in grado di offrire indicazioni e punti di riferimento, tanto per il medico nel momento in cui è chiamato ad effettuare la scelta terapeutica adeguata al caso di specie, quanto per il giudice che deve procedere alla valutazione giudiziale di quella condotta¹⁵⁷⁹. Nelle motivazioni si aggiunge che ***"Tale istituzionalizzazione vuole senza dubbio superare le incertezze manifestatesi dopo l'introduzione della legge n. 189 del 2012 a proposito di criteri per l'individuazione delle direttive scientificamente qualificate"***¹⁵⁸⁰. Secondo l'interpretazione data dalla Corte ***"La disciplina intende stornare il pericolo di degenerazioni dovute a linee guida interessate o non scientificamente fondate; e favorire, inoltre, l'uniforme applicazione di direttive accreditate e virtuose"***, mediante l'assegnazione ***"all'Istituzione sanitaria il governo dell'attività medica"***, nonché la previsione dell'obbligo del professionista di ***"attenersi***

¹⁵⁷⁹ Cass. Pen., n. 4391/2012. Si veda N. 28187/2017, su www.simlaweb.it.

¹⁵⁸⁰ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

alle raccomandazioni, sia pure con gli adattamenti propri di ciascuna fattispecie concreta”, cui corrisponde, nel contempo, *“la legittima, coerente pretesa a vedere giudicato il proprio comportamento alla stregua delle medesime direttive impostegli”*¹⁵⁸¹. Inoltre la Corte di Cassazione afferma che, in attesa del nuovo sistema delle linee guida, deve ritenersi che *“il terapeuta possa invocare in qualche caso particolare quale metro di giudizio anche raccomandazioni, approdi scientifici che, sebbene non formalizzati nei modi previsti dalla legge, risultino di elevata qualificazione nella comunità scientifica, magari per effetto di studi non ancora recepiti dal sistema normativo di evidenza pubblica delle linee guida di cui al richiamato art. 5”*, precisando che *“Si tratta di principio consolidato nella scienza penalistica”*, in forza del quale *“le prescrizioni cautelari ufficiali possono essere affiancate da regole non codificate ma di maggiore efficienza nella prospettiva della ottimale gestione del rischio”*¹⁵⁸². Esaurita l’analisi del primo requisito, il secondo è relativo all’adeguatezza delle raccomandazioni contenute nelle linee guida *“alle specificità del caso concreto”*; la Corte nella citata sentenza ha dato atto dei dubbi interpretativi in merito alla novella messi in luce dalla dottrina, la quale ha evidenziato che *“non si comprende come potrebbe essere chiamato a rispondere di un evento lesivo l’autore che, avendo rispettato le raccomandazioni espresse dalle linee guida qualificate e pertinenti ed avendole in concreto attualizzate in un modo che “risulti adeguato” in rapporto alle contingenze del caso concreto, è evidentemente immune da colpa”*: è sorto cioè il dubbio in merito alla possibilità che l’evento si sia verificato per imperizia nonostante il rispetto delle raccomandazioni che, a rigor di logica, dovrebbe escludere ogni profilo colposo, specie quando si tratti di linee guida *“adeguate alle specificità del caso concreto”*, oggi presupposto di operatività della norma¹⁵⁸³. Nelle motivazioni della sentenza si legge che *“La drammatica incompatibilità logica è lampante: si è in colpa per imperizia ed al contempo non lo si è, visto che le codificate leges artis sono state rispettate ed applicate in modo pertinente ed appropriato (“risultino adeguate alle specificità del caso concreto”) all’esito di un giudizio maturato alla stregua di tutte le contingenze fattuali rilevanti in ciascuna fattispecie”*¹⁵⁸⁴. Appare dunque difficile individuare un margine di colpa, in termini di imperizia, del sanitario, sicché è stata elaborata una soluzione, criticata nella

¹⁵⁸¹ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

¹⁵⁸² F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

¹⁵⁸³ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

¹⁵⁸⁴ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

sentenza, secondo cui andrebbe esclusa *“la punibilità anche nei confronti del sanitario che, pur avendo cagionato un evento lesivo a causa di comportamento rimproverabile per imperizia, in qualche momento della relazione terapeutica abbia comunque fatto applicazione di direttive qualificate; pure quando esse siano estranee al momento topico in cui l'imperizia lesiva si sia realizzata”*¹⁵⁸⁵. In merito a tale interpretazione, la Corte ha denunciato il carattere irragionevole della soluzione prospettata, che *“vulnererebbe il diritto alla salute del paziente e quindi l'art. 32 Cost., si porrebbe in contrasto con i fondanti principi della responsabilità penale”*: non è possibile, infatti, assegnare rilevanza al rispetto delle linee guida relative a segmenti della trattamento rispetto ai quali il sanitario non sia incorso in errore, estendendo così automaticamente l'effetto di impunità a condotte che invece non risultino rispettose delle linee guida e siano caratterizzate da colpa medica¹⁵⁸⁶. Nella sentenza in commento si afferma che il formale rispetto delle linee guida, da parte del sanitario che sia incorso in errore medico, non è sufficiente ad escludere la responsabilità, occorrendo invece che l'errore sia stato commesso nell'ambito di un attività regolata dalle linee guida invocate, anche in relazione allo specifico segmento di attività durante il quale si sia verificato l'errore, e che il sanitario si sia attenuto alle raccomandazioni relative¹⁵⁸⁷. La Corte, sulla base di tali premesse, precisa che la nuova disciplina *“non trova applicazione: a) negli ambiti che, per qualunque ragione, non siano governati da linee guida; b) nelle situazioni concrete in cui le suddette raccomandazioni debbano essere radicalmente disattese per via delle peculiari condizioni del paziente o per qualunque altra ragione imposta da esigenze scientificamente qualificate; c) in relazione alle condotte che, sebbene collocate nell'ambito di approccio terapeutico regolato da linee guida pertinenti e appropriate, non risultino per nulla disciplinate in quel contesto regolativo, come nel caso di errore nell'esecuzione materiale di atto chirurgico pur correttamente impostato secondo le raccomandazioni ufficiali”*¹⁵⁸⁸. Nel contempo si rileva che *“è chiara la consapevolezza che si tratta di direttive di massima, che devono confrontarsi con le peculiarità di ciascuna situazione concreta, adattandovisi”*¹⁵⁸⁹. In questo modo viene individuato l'ambito operativo della nuova disciplina, che attiene pertanto all'adeguamento al caso concreto delle raccomandazioni, ma sul presupposto che le stesse siano pertinenti e risultino applicabili allo specifico intervento, nel corso del

¹⁵⁸⁵ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.; A. Buzzoni, op. cit., 41 ss.

¹⁵⁸⁶ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

¹⁵⁸⁷ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.; A. Buzzoni, op. cit., 41 ss.

¹⁵⁸⁸ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

¹⁵⁸⁹ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.; A. Buzzoni, op. cit., 41 ss.

quale, in ragione della delicatezza dell'attività svolta e delle speciali difficoltà tecnico-scientifiche che richiedono la perizia del sanitario, quest'ultimo sia incorso in errore, per imperizia, che ciò nonostante non darà luogo a responsabilità penale¹⁵⁹⁰. Il secondo comma dell'articolo 590 *sexies* c.p. prevede che *“la punibilità è esclusa”*, in presenza dei presupposti esposti, venendo meno ogni riferimento al grado di colpa, sia essa lieve ovvero grave, con efficacia escludente della responsabilità penale¹⁵⁹¹. Si è rilevato, così, che tutte le condotte colpose poste in essere dai sanitari che non siano caratterizzate da imperizia, quand'anche commesse con colpa lieve, sono oggetto di responsabilità penale¹⁵⁹². Inoltre, con le sentenze nn. 16140 e 24936 del 2017, la Corte ha affermato che la nuova disciplina produce i suoi effetti nei giudizi pendenti, nell'ambito dei quali, tanto in relazione agli effetti civili, quanto nel giudizio penale, il giudice *“dovrà verificare l'ambito applicativo della sopravvenuta normativa sostanziale di riferimento, disciplinante la responsabilità colposa per morte o lesioni personali provocate da parte del sanitario. E lo scrutinio dovrà specificamente riguardare l'individuazione della legge ritenuta più favorevole, tra quelle succedutesi nel tempo, da applicare al caso di giudizio, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2 c.p., comma 4, secondo gli alternativi criteri della irretroattività della modificazione sfavorevole ovvero della retroattività della nuova disciplina più favorevole”*¹⁵⁹³. La questione di diritto intertemporale è stata altresì affrontata nella sentenza in analisi, n. 28187 del 2017, in cui si osserva che *“L'abrogazione della legge del 2012 implica la reviviscenza, sotto tale riguardo, della previgente, più severa normativa che, per l'appunto, non consentiva distinzioni connesse al grado della colpa. Infatti la novella del 2017 non contiene alcun riferimento alla gravità della colpa. Naturalmente, ai sensi dell'art. 2 c.p., il nuovo regime si applica solo ai fatti commessi in epoca successiva alla riforma”*, con la conseguenza, per i giudici di legittimità, che *“Per i fatti anteriori (...) in applicazione dell'art. 2 c.p., può trovare applicazione, invece, quando pertinente, la ridetta normativa del 2012, che appare più favorevole con riguardo alla limitazione della responsabilità ai soli casi di colpa grave”*: l'effetto *in malam partem*, pertanto, è limitato ai fatti commessi successivamente all'entrata in vigore della legge n. 24 del 2017, in forza del principio di irretroattività sfavorevole di cui all'art. 25, 2° comma,

¹⁵⁹⁰ F. Caringella- A. Salerno, op. cit., 753 ss.

¹⁵⁹¹ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

¹⁵⁹² F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

¹⁵⁹³ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.; A. Buzzoni, op. cit., 41 ss.

Cost.¹⁵⁹⁴ Si afferma inoltre che nel valutare quale sia la disciplina in concreto applicabile, in attuazione del principio del *favor rei*, il giudice penale dovrà tener conto che **“il principio civilistico di cui all’art. 2236 c.c., che assegna rilevanza soltanto alla colpa grave, può trovare applicazione in ambito penalistico come regola di esperienza cui attenersi nel valutare l’addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi di speciale difficoltà”**¹⁵⁹⁵. Ulteriore questione su cui i giudici di legittimità si sono soffermati attiene alla natura giuridica dell’istituto di cui all’art. 590 *sexies* c.p., comma secondo, c.p., in relazione al quale hanno affermato che esso individua **“una nuova regola di parametrizzazione della colpa”**, al pari di quanto prevedeva l’art. 3 del Decreto Balduzzi, escludendo invece che si tratti di una causa di esclusione della punibilità, in quanto **“Occorre al riguardo considerare che tale espressione si rinviene in molti testi normativi ed anche nel codice con significati diversi e non di rado atecnici; cioè non riconducibili propriamente alla sfera dell’esclusione della pena pur in presenza di un reato, per ragioni istituzionali, personali, di opportunità”**¹⁵⁹⁶. La Corte di Cassazione nella sentenza Tarabori qualifica l’intervento legislativo in termini di modifica della disciplina dell’elemento soggettivo, determinando un’*abolitio criminis*, con riferimento a quelle condotte cui la nuova disciplina si riferisce¹⁵⁹⁷. È stato osservato che la nuova disciplina comportando una restrizione dell’area di non punibilità, e quindi una estensione dei comportamenti punibili, rispetto a quella previgente, non potrebbe aver escluso la rilevanza penale di condotte che già a partire dal 2012 erano state private di rilevanza penale, in forza dell’art. 3: l’intento del legislatore è stato quello di ridimensionare il trattamento speciale riservato agli esercenti una professione sanitaria, dando luogo ad una nuova incriminazione, con riferimento alle ipotesi di colpa grave diversa dall’imperizia, così come in relazione a tutte le fattispecie in cui la nuova disposizione non può operare, mediante riespansione delle fattispecie colpose di cui agli artt. 589 e 590 c.p., espressamente richiamati nel primo comma del nuovo articolo, restringendo l’area di non punibilità prevista dal Decreto Balduzzi e rispendendo quella di rilevanza penale delle condotte dei sanitari, ai sensi delle disposizioni citate del codice penale, sebbene solo per il futuro¹⁵⁹⁸. L’art. 590 *sexies* c.p. ha introdotto una causa di non punibilità in senso stretto che, a fronte di un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole, purché l’evento si

¹⁵⁹⁴ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.; A. Buzzoni, op. cit., 41 ss.

¹⁵⁹⁵ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

¹⁵⁹⁶ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.; A. Buzzoni, op. cit., 41 ss.

¹⁵⁹⁷ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.; A. Buzzoni, op. cit., 41 ss.

¹⁵⁹⁸ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss. A. Buzzoni, op. cit., 41 ss.

è verificato a causa di imperizia, esclude la punibilità del sanitario: quella del legislatore è stata una valutazione di opportunità, prevenendo ipotesi di “medicina difensiva”, in cui il medico sarebbe stato sovraesposto al rischio di responsabilità penale, specie a fronte di interventi e terapie che richiedano un elevato standard di diligenza, e quindi di perizia¹⁵⁹⁹. Ciò ha confermato la Corte nella sentenza del 31 ottobre del 2017, n. 50078, c.d. Cavazza, cioè che il nuovo articolo non opera alcuna distinzione in merito al grado della colpa, limitando, nel contempo, l’operatività della disposizione alle sole situazioni astrattamente riconducibili all’imperizia, osservando che alla colpa grave non potrebbe più attribuirsi un differente rilievo rispetto alla colpa lieve, essendo entrambe ricomprese nell’ambito di operatività della causa di non punibilità, volta favorire la posizione del medico, riducendo gli spazi per la sua possibile responsabilità penale, ferma restando quella civile: la disposizione in questione è stata qualificata come causa di non punibilità, la quale *“si giustifica nell’ottica di una scelta del legislatore di non mortificare l’iniziativa del professionista con il timore di ingiuste rappresaglie mandandolo esente da punizione per una mera valutazione di opportunità politico criminale, al fine di restituire al medico una serenità operativa così da prevenire il fenomeno della c.d. medicina difensiva”*¹⁶⁰⁰. Si afferma, in base a ciò, che *“l’unica ipotesi di permanente rilevanza penale della imperizia sanitaria può essere individuata nell’asseveramento di linee guida che siano inadeguate alla peculiarità del caso concreto”*, mentre *“non vi sono dubbi sulla non punibilità del medico che seguendo linee guida adeguate e pertinenti pur tuttavia sia incorso in una “imperita” applicazione di queste (con l’ovvia precisazione che tale imperizia non deve essersi verificata nel momento della scelta delle linee guida – giacché non potrebbe dirsi in tal caso di essersi in presenza della linea guida adeguata al caso di specie, bensì nella fase esecutiva dell’applicazione)”*¹⁶⁰¹. La sentenza ritiene che il legislatore abbia inteso introdurre un trattamento più favorevole per le sole ipotesi di imperizia, affermando questo principio di diritto: *“Il secondo comma dell’art. 590 sexies c.p. introdotto dalla legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco), prevede che una causa di non punibilità dell’esercente la professione sanitaria operante, ricorrendo le condizioni previste dalla disposizione normativa (rispetto delle linee guida o, in mancanza, delle buone pratiche clinico-assistenziali, adeguate alla specificità del caso), nel solo caso di imperizia, indipendentemente dal grado della colpa, essendo compatibile il rispetto*

¹⁵⁹⁹ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss. A. Buzzoni, op. cit., 41 ss.

¹⁶⁰⁰ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss. A. Buzzoni, op. cit., 41 ss.

¹⁶⁰¹ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.; A. Buzzoni, op. cit., 41 ss.

delle linee guida e delle buone pratiche con la condotta imperita nell'applicazione delle stesse”¹⁶⁰². Quindi nella sentenza Tarabori, l'art. 590 *sexies* c.p. si limiterebbe a parametrare diversamente la colpa per imperizia, escludendo la rilevanza penale delle condotte, eseguite nel rispetto di linee guida o buone pratiche clinico-assistenziali, caratterizzate tuttavia da colpa lieve, per imperizia, del sanitario, mentre, nella sentenza Cavazza, si riconosce natura di causa di non punibilità in senso stretto all'istituto, ritenendo che possa trovare applicazione quale che sia il grado della colpa per imperizia, purché si tratti di un errore commesso nell'esecuzione del trattamento sanitario previsto da linee guida o buone pratiche clinico assistenziali¹⁶⁰³. Le Sezioni Unite, con sentenza n. 8770 del 2018, su istanza del Primo Presidente della Corte di Cassazione, allora Giovanni Canzio, si sono pronunciate sulla questione a loro rimessa relativa a “*quale sia, in tema di responsabilità colposa dell'esercente la professione sanitaria per morte o lesioni personali, l'ambito di esclusione della punibilità previsto dell'art. 590 sexies c.p., introdotto dall'articolo 6 della legge 8 marzo del 2017, n. 24*”¹⁶⁰⁴. Nella sentenza in esame si evidenzia che la distinzione tra imperizia, negligenza e imprudenza ha acquisito “*peculiare rilevanza perché, nell'ipotesi di colpa da negligenza o imprudenza, la novella causa di non punibilità è destinata a non operare*”, precisando che “*la semplice constatazione della esistenza di linee-guida attinenti al caso specifico non comporta che la loro violazione di automaticamente luogo a colpa da imperizia*”¹⁶⁰⁵. Considerando la soluzione adottata nella Tarabori, le Sezioni Unite ritengono erroneo pensare che non vi sia “*alcun residuo spazio operativo per la causa di non punibilità, giungendo alla frettolosa conclusione circa l'impossibilità di applicare il precetto, negando addirittura la capacità semantica della espressione “causa di non punibilità” e così offrendo, della norma, una interpretazione abrogatrice, di fatto in collisione con il dato oggettivo della iniziativa legislativa e con la stessa intenzione innovatrice manifestata in sede parlamentare*”¹⁶⁰⁶. Con riferimento alla sentenza Cavazza, si osserva che “*cade nell'errore opposto perché attribuisce ad essa una portata applicativa impropriamente lata: quella di rendere non punibile qualsiasi condotta imperita del sanitario che abbia provocato la morte o le lesioni, pur se connotata da colpa grave*”¹⁶⁰⁷. Chiarendo la natura dell'istituto si sostiene che “*il legislatore ha*

¹⁶⁰² F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.; A. Buzzoni, op. cit., 41 ss.

¹⁶⁰³ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.; A. Buzzoni, op. cit., 41 ss.

¹⁶⁰⁴ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

¹⁶⁰⁵ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss. A. Buzzoni, op. cit., 41 ss.

¹⁶⁰⁶ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

¹⁶⁰⁷ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss. A. Buzzoni, op. cit., 41 ss.

*coniato una inedita causa di non punibilità per fatti da ritenersi inquadrabili – per la completezza dell'accertamento nel caso concreto – nel paradigma dell'art. 589 o di quello dell'art. 590 c.p., quando l'esercente una delle professioni sanitarie abbia dato causa ad uno dei citati eventi lesivi, versando in colpa da imperizia e pur avendo individuato e adottato, nonché, fino ad un certo punto, bene attualizzato le linee-guida adeguate al caso di specie". Ribadito ciò, affermando che "La previsione della causa di non punibilità è esplicita, innegabile e dogmaticamente ammissibile". Dato questo presupposto, la Corte individua l'ambito operativo della norma che consiste nell'avere il sanitario "cagionato per colpa da imperizia l'evento lesivo o mortale, pur essendosi attenuto alle linee-guida adeguate al caso di specie – che non è incongruente con la soluzione che promette"¹⁶⁰⁸. Considerando le diverse fasi di individuazione, selezione ed esecuzione delle raccomandazioni contenute nelle linee guida, l'agente potrebbe rendersi responsabile della "mancata realizzazione di un segmento del relativo percorso", che consente di ritenere che "le linee-guida sono state nel loro complesso osservate, pur a fronte di un errore parziale che, nonostante ciò, si sia verificato, con valenza addirittura decisiva" per la realizzazione dell'evento¹⁶⁰⁹. Con sentenza n. 16237 del 2013 la Corte era già pervenuta a tali conclusioni, affermando che "il professionista (che) si orienti correttamente in ambito diagnostico o terapeutico, si affidi cioè alle strategie suggeritegli dal sapere scientifico consolidato, inquadri correttamente il caso nelle sue linee generali e tuttavia, nel concreto farsi del trattamento, commetta qualche errore pertinente proprio all'adattamento delle direttive di massima alle evenienze ed alle peculiarità che gli si prospettano nello specifico caso clinico"¹⁶¹⁰. Le stesse conclusioni possono applicarsi alla nuova disciplina, con la precisazione che "L'errore non punibile non può, però, alla stregua della novella del 2017, riguardare – data la chiarezza dell'articolo al riguardo – la fase della selezione delle linee-guida"¹⁶¹¹. L'errore di cui all'art. 590 *sexies* deve essere cercato, secondo le Sezioni Unite, nella "fase attuativa delle linee-guida": a fronte infatti di una condotta del sanitario che "sia non solo accurato e prudente nel seguire l'evoluzione del caso sottopostogli ma anche e soprattutto preparato sulle *leges artis* e impeccabile nelle diagnosi anche differenziali; aggiornato in relazione non solo alle nuove acquisizioni scientifiche ma anche allo scrutinio di esse da parte della società e organizzazioni accreditate, dunque alle*

¹⁶⁰⁸ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss. A. Buzzoni, op. cit., 41 ss.

¹⁶⁰⁹ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss. A. Buzzoni, op. cit., 41 ss.

¹⁶¹⁰ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

¹⁶¹¹ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.; A. Buzzoni, op. cit., 41 ss.

raccomandazioni ufficializzate con la nuova procedura; capace di fare scelte ex ante adeguate e di personalizzarle anche in relazione alle evoluzioni del quadro che gli si presentino”, qualora, ciò nonostante, questi abbia cagionato l’evento lesivo o mortale “il residuo dell’atto medico che appaia connotato da errore colpevole per imperizia” potrà essere coperto dalla nuova causa di non punibilità¹⁶¹². Occorre, però, secondo la Corte “circoscrivere un ambito o, se si vuole, un grado della colpa che, per la sua limitata entità, si renda compatibile” con l’impunità del sanitario, evitando irragionevoli compromissioni del diritto di salute, privando di adeguata tutela il paziente¹⁶¹³. Secondo la Corte non è condivisibile l’avversione della dottrina e della precedente giurisprudenza nei confronti della rilevanza, anche in diritto penale, della distinzione tra colpa lieve e colpa grave, specie alla luce della chiara presa di posizione del legislatore con il citato Decreto “Balduzzi”, che espressamente operava tale differenza¹⁶¹⁴. Né si ritengono fondati i dubbi circa l’eccessiva discrezionalità del giudice nel valutare il grado della colpa, dal momento che si tratta di un’operazione insita e connaturata alla valutazione della responsabilità penale nei delitti colposi¹⁶¹⁵. Si sostiene, dunque, che “la mancata evocazione esplicita della colpa lieve da parte del legislatore del 2017 non precluda una ricostruzione della norma che ne tenga conto”, valorizzando il disposto dell’art. 2236 c.c., espressivo di un “principio di razionalità e regola di esperienza cui attenersi nel valutare l’addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione del genere di problemi sopra evocati ovvero qualora si versi in una situazione di emergenza”¹⁶¹⁶. Dunque, viene esteso alla materia penale la limitazione di responsabilità ai soli casi di colpa grave, come previsto in materia civile dall’articolo 2236 c.c. Le Sezioni Unite precisano che “la colpa sia destinata ad assumere connotati di grave entità solo quando l’approccio terapeutico risulti marcatamente distante dalle necessità di adeguamento alle peculiarità della malattia, al suo sviluppo, alle condizioni del paziente. Ovvero, per converso, quando i riconoscibili fattori che suggerivano l’abbandono delle prassi accreditate assumano rimarchevole, chiaro rilievo e non lascino residuare un dubbio plausibile sulla

¹⁶¹² F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.; A. Buzzoni, op. cit., 41 ss.

¹⁶¹³ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

¹⁶¹⁴ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

¹⁶¹⁵ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.; A. Buzzoni, op. cit., 41 ss.

¹⁶¹⁶ Viene inoltre citata dalle Sezioni Unite la già esaminata sentenza della Corte Costituzionale n. 166 del 1973, dalla quale emerge “il principio, costituzionalmente compatibile, della gradualità della colpa da “imperizia” del sanitario impegnato nella soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà e il riconoscimento della possibilità di esenzione di una parte di essa dal rilievo penalistico”. Si veda F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.

necessità di un intervento difforme e personalizzato rispetto alla peculiare condizione del paziente”¹⁶¹⁷. Nel valutare il grado della colpa, il giudice dovrà tenere conto “*delle specifiche condizioni dell’agente e del suo grado di specializzazione; la problematicità o equivocità della vicenda; la particolare difficoltà delle condizioni in cui il medico ha operato; la difficoltà obiettiva di cogliere e collegare le informazioni cliniche; il grado di atipicità e novità della situazione; la impellenza; la motivazione della condotta; la consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa*”¹⁶¹⁸. La valutazione dovrà essere condotta alla luce del parametro dell’*homo eiusdem professionis et condicionis*, e tenendo conto delle specifiche condizioni in cui il trattamento è avvenuto. Viene richiamato il criterio quantitativo, volto a misurare “*il quantum dello scostamento dal comportamento che ci si sarebbe attesi come quello utile, per determinare il grado della colpa*”, necessario per circoscrivere la discrezionalità del giudice, attraverso il procedimento pubblicistico per la formalizzazione delle linee-guida rilevanti, che conferisce a quest’ultime un maggior grado di certezza, obiettività e affidabilità¹⁶¹⁹. Le Sezioni Unite concludono nel senso che “*la colpa dell’esercente la professione sanitaria può essere esclusa in base alla verifica dei noti canoni oggettivi e soggettivi della configurabilità del rimprovero e altresì in ragione della misura del rimprovero stesso. Ma, in quest’ultimo caso – e solo quando configurante “colpa lieve” – le condizioni richieste sono il dimostrato corretto orientarsi nel campo delle linee-guida pertinenti in relazione al caso concreto ed il progredire nella fase della loro attuazione, ritenendo l’ordinamento di non punire gli adempimenti che si rivelino imperfetti*”¹⁶²⁰. In conclusione, questi sono i seguenti principi di diritto in risposta alla questione sollevata dal Primo Presidente: “*L’esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall’esercizio dell’attività medico-chirurgica: a) se l’evento si è verificato per colpa (anche “lieve”) da negligenza o imprudenza; b) se l’evento si è verificato per colpa (anche “lieve”) da imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali; c) se l’evento si è verificato per colpa (anche “lieve”) da imperizia nella individuazione e nella scelta di linee-guida o di buone pratiche che non risultino adeguate alla specificità del caso concreto; d) se l’evento si è verificato per colpa “grave” da imperizia nell’esecuzione di raccomandazioni, di linee-guida o buone*

¹⁶¹⁷ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.; A. Buzzoni, op. cit., 41 ss.

¹⁶¹⁸ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.; A. Buzzoni, op. cit., 41 ss.

¹⁶¹⁹ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss.; A. Buzzoni, op. cit., 41 ss.

¹⁶²⁰ F. Caringella-A. Salerno, op. cit., 753 ss. A. Buzzoni, op. cit., 41 ss.

pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle specifiche difficoltà tecniche dell'atto medico"¹⁶²¹.

6. LA RESPONSABILITÀ DELLO PSICHIATRA: FONDAMENTO NORMATIVO CIVILISTICO E CASISTICA DEL TIPICO FENOMENO AUTOLESIVO

Come si è più volte sottolineato, la responsabilità del protagonista di questa trattazione può essere inquadrata nel più generale e complesso tema della responsabilità sanitaria, tuttavia per alcuni aspetti cruciali se ne differenzia, caratterizzandosi come un "sotto-sistema" dotato di proprie regole e standard¹⁶²². L'ambito psichiatrico, peraltro, è un settore paradigmatico, in cui prevalgono per numero ed importanza le pronunce dei giudici penali ma sul quale oggi inizia a dirigersi anche l'attenzione dei giudici civili a fronte della tendenza a riversare sulle strutture sanitarie, erette a garanti della salute del paziente, il costo dei danni, derivanti da episodi di autolesionismo o eteroaggressione posti in essere dal paziente psichiatrico¹⁶²³. Giunti quasi al termine della trattazione si rende necessaria la sua analisi. La rilevanza nel nostro ordinamento, come già affermato, della salute mentale trova il suo primo fondamento nell'art. 32, 1° comma, Cost., situazione giuridica attiva del singolo ed interesse della collettività, nel quale sinteticamente ed in modo onnicomprensivo, l'integrità fisica ed il benessere psichico confluiscono a pari titolo¹⁶²⁴. Sul terreno della legislazione ordinaria, la legge n. 180 del 1978, relativa all'istituzione del Servizio sanitario nazionale, fin dalla disposizione di apertura, dispone che la tutela della salute psichica, così come di quella fisica, deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana, *ex art. 1, 2° comma*, aggiungendo nell'articolo successivo che tale finalità va raggiunta mediante la riabilitazione, tra l'altro, dell'invalidità e dell'inabilità somatica e psichica, *ex art. 2, 1°*

¹⁶²¹ F. Caringella-A. Salerno, *op. cit.*, 753 ss. A. Buzzoni, *op. cit.*, 41 ss.

¹⁶²² P. Cendon, *"La responsabilità medica"*, Milanofiori Assago, 2016, 635 ss.

¹⁶²³ P. Cendon, *op. cit.*, 635 ss.

¹⁶²⁴ P. Cendon, *op. cit.*, 635 ss.

comma, n. 4, e privilegiando il momento preventivo¹⁶²⁵. Sulla base degli stessi principi ispiratori si è strutturata l'attuale organizzazione della cura della malattia mentale, ripudiando, con la L. 180 del 1978, l'ospedalizzazione del malato di mente, con la conseguenza inevitabile che la chiusura dei manicomi comportasse l'assunzione automatica della responsabilità del paziente, un tempo gravante in capo alle strutture ed al personale sanitario, da parte dei familiari con cui l'infermo torna a vivere¹⁶²⁶. Come già dichiarato, la responsabilità degli operatori entrerà in gioco tutte le volte che dall'inchiesta sulla responsabilità siano riscontrabili errori di diagnosi, in particolare: a) se il comportamento lesivo dell'utente fosse in qualche modo prevedibile dall'operatore; b) se lo specifico evento pregiudizievole avrebbe potuto essere prevenuto già in partenza dall'operatore; c) se, in generale, il comportamento dei sanitari sia o meno corrispondente allo standard di cultura e di esperienza esigibile normalmente dal medico abilitato alla cura delle malattie mentali¹⁶²⁷. L'approvazione della legge 13 maggio 1978 n. 180 ha avuto riflessi anche nella esegesi della dottrina e sull'applicazione giurisprudenziale dell'art. 2047 c.c., con esiti non sempre uniformi: si è sostenuto che, non essendo il malato di mente più un soggetto ospedalizzato ed essendo divenuto il ricovero un fatto del tutto eccezionale, oppure rimesso alla libera scelta, di conseguenza sarebbe venuta meno la possibilità di imputare la responsabilità al personale ospedaliero, dal momento che non assume più la veste di custode-sorvegliante¹⁶²⁸. Così, la responsabilità degli operatori sanitari nei confronti di chi subisce danni dall'attività illecita degli infermi di mente dovrebbe essere ricercata al di fuori del rapporto di sorveglianza, in modo particolare alla luce dei principi generali dell'art. 2043 c.c.¹⁶²⁹ In senso diverso chi ritiene che, nonostante fossero venute meno le norme che prevedevano un preciso obbligo di sorveglianza sugli infermi di mente sottoposti a terapia, l'affidamento al medico non fosse scomparso, ma solo divenuto più debole¹⁶³⁰. In questo senso l'articolo 2047 c.c. sarebbe applicabile alle sole fattispecie in cui il soggetto affetto da patologia mentale sia sottoposto a trattamento sanitario obbligatorio¹⁶³¹. Tuttavia, un orientamento giurisprudenziale che ha meglio colto il senso e le finalità della riforma del 1978 ha rimodellato il principio di responsabilità del sorvegliante, mantenendo in capo alla struttura sanitaria la responsabilità proprio in

¹⁶²⁵ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶²⁶ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶²⁷ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶²⁸ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶²⁹ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶³⁰ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶³¹ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

virtù del rapporto che si è instaurato con il paziente in precedenza¹⁶³²: “L’art. 2047 c.c. non presuppone un controllo assoluto da parte dei soggetti tenuti alla sorveglianza nei confronti di chi è a questa soggetto. Tuttavia l’art. 2047 c.c. (anche in seguito all’introduzione della legge n. 180 del 1978, che ha determinato l’abbandono della concezione “custodialistica” sugli infermi caratteristica della legislazione manicomiale) consente di configurare a carico dei servizi psichiatrici doveri con contenuto di sorveglianza in maniera da garantire un giusto equilibrio tra la libertà di movimento e di esplicazione della personalità dei soggetti sottoposti a controllo e la necessaria tutela dei terzi. Pertanto la U.S.L. (...) che non abbia svolto alcuna seria e meditata azione preventiva di cura e di sorveglianza nei confronti di un infermo psichico, adeguata ad evitare il compimento di un illecito da parte di quest’ultimo, la cui pericolosità fosse già ampiamente dimostrata, è tenuta al risarcimento dei danni patrimoniali e morali”¹⁶³³. Il “contatto sociale” tra l’infermo e lo psichiatra comporta l’insorgere di specifici obblighi di prevenzione e di sorveglianza sul soggetto, in particolare: “Il rapporto che viene ad instaurarsi tra il malato di mente ed i servizi psichiatrici rende attuale una serie di doveri, i quali, in relazione alla natura e gravità della malattia, prevedono l’accertamento della pericolosità sociale del malato, desumibile anche dall’anamnesi personale, la frequenza dei contatti terapeutici; l’acquisizione di informazioni ed avvisi sulla pericolosità associata al tipo di disturbo mentale; informazioni ed avvisi dalle persone che vivono quotidianamente a contatto con il malato o da quelle che sono destinatarie delle sue minacce”¹⁶³⁴. Così si inaugurò un filone giurisprudenziale che, estendendo l’applicazione dell’art. 2047 c.c., ha qualificato come sorvegliante la struttura sanitaria tutte le volte in cui il soggetto si trovi ricoverato al suo interno¹⁶³⁵. Dunque, si è inteso attribuire alla struttura sanitaria la responsabilità del danno cagionato da incapace di intendere e di volere sulla base del criterio della più efficace prevenzione *ex ante* dei comportamenti dannosi di quest’ultimo¹⁶³⁶: “La legislazione vigente (la Legge 13 maggio 1978, n. 180, art. 2 e la Legge 23 dicembre 1978, n. 833, art. 34), nel superare il precedente sistema manicomiale, caratterizzato dal cosiddetto “principio custodialistico”, ha previsto per il malato l’assistenza sia domiciliare che ambulatoriale, riservando ai casi più gravi la somministrazione del cosiddetto trattamento sanitario obbligatorio presso strutture

¹⁶³² P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶³³ Trib. Trieste, 23 novembre 1990, in NGCC, 1993, I, 986. Si veda P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶³⁴ Trib. Trieste, 23 novembre 1990, in NGCC, 1993, I, 986. Si veda P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶³⁵ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶³⁶ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

*aperte o chiuse. Tale trattamento risponde all'esigenza del recupero terapeutico del malato, anche in assenza di collaborazione dello stesso. Si tratta tuttavia di provvedimento di natura temporanea proprio in virtù dei diversi criteri previsti dalla Legge del 1978 rispetto alla precedente disciplina basata sostanzialmente sulla mera sorveglianza del paziente. Correttamente, quindi, la Corte genovese ha escluso che il T.S.O. assuma la funzione di salvaguardia della pubblica incolumità nei confronti di pazienti agitati o violenti: la lettera della legge è sul punto, di inequivoca chiarezza: "Il T.S.O. può essere disposto solo se esistano alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici, se gli stessi non vengano accettati dall'infermo e se non vi siano le condizioni e le circostanze che consentano di adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extraospedaliere"¹⁶³⁷. In applicazione di tali principi, la giurisprudenza di legittimità ha quindi ritenuto che la presunzione di responsabilità prevista dall'articolo 2047 c.c. a carico di chi sia tenuto alla sorveglianza dell'incapace, sia configurabile a carico della struttura sanitaria soltanto in caso di ricovero ospedaliero del malato di mente. Risulta dall'altra parte priva di tutela a carico del Servizio Sanitario l'esigenza di assicurare la pubblica incolumità che possa essere messa in pericolo dal malato di mente, poiché tale compito rientra tra quelli demandati in via generale agli organi che si occupano di pubblica sicurezza"¹⁶³⁸. Precisando, alla responsabilità ex art. 2047 c.c., nel caso di lesioni a terzi, o da "contatto sociale", nel caso di autolesionismo, dei singoli sanitari si affianca quella vicaria dei Servizi psichiatrici, i quali potranno essere tenuti al risarcimento del danno, sia a titolo di responsabilità contrattuale ai sensi dell'art. 1228 c.c., sia a titolo extracontrattuale ex art. 2049 c.c.¹⁶³⁹ Si deve rammentare che qualsiasi struttura sanitaria, nel momento stesso in cui accetta il ricovero del paziente, stipula un contratto dal quale discendono naturalmente, ai sensi dell'art. 1374 c.c., due obblighi: il primo è quello di apprestare al paziente le cure richieste dalla sua condizione; il secondo è quello di assicurare la protezione delle persone di menomata o mancante autotutela, per le quali detta protezione costituisce la parte essenziale della cura. In questo senso è *ius receptum* che ove un paziente ricoverato per disturbi mentali tenti il suicidio, riportando lesioni personali, la struttura sanitaria che l'aveva in cura risponde di tali lesioni, a prescindere dal carattere volontario od obbligatorio del trattamento sanitario praticato in concreto,*

¹⁶³⁷ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶³⁸ Cass. Civ., Sez. III, 20 giugno del 2008, n. 16803, nel *Massimario di Giustizia civile*, 2008, 6, 994. Si veda P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶³⁹ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

non potendo quest'ultimo condizionare l'obbligo di sorveglianza da parte del medico e del personale sanitario¹⁶⁴⁰. L'obbligo di vigilanza e protezione del paziente, in quanto scaturente *ipso facto* dall'accettazione del paziente, prescinde dalla capacità di intendere e di volere di questi, né esige che il paziente sia sottoposto ad un trattamento sanitario obbligatorio: la capacità di intendere e di volere consiste nella possibilità, infatti, di autodeterminarsi, e non è affatto concetto sovrapponibile a quello di "salute mentale"¹⁶⁴¹. Dunque, in quanto obbligo di protezione scaturente *naturaliter* dal contratto tra paziente e struttura, esso non è teleologicamente orientato: non va adempiuto solo se si tratti di prevenire un determinato rischio, ma va adempiuto omnimodo, al fine di prevenire tutti i rischi potenzialmente incombenti sul degente, alla sole condizione che rientrino nello spettro della prevedibilità¹⁶⁴². Nella giurisprudenza di legittimità, inoltre, è stato sancito che "*l'obbligo di vigilanza a carico delle persone che hanno la custodia dell'incapace non va inteso soltanto con riferimento alla persona custodita, ma va altresì esteso a tutto l'ambiente che la circonda, il quale deve essere tale da non creare o lasciare permanere, in relazione allo stato di incapacità del soggetto vigilato, cause di pericolo, posto che nel campo della responsabilità per fatto illecito è in gioco l'integrità personale o patrimoniale di terzi*"¹⁶⁴³. Per concludere con una recente ed innovativa pronuncia della giurisprudenza di legittimità, e trattare brevemente della prova liberatoria, "*Il datore di lavoro, la cui attività consista tra l'altro nel trattamento e cura di pazienti oligofrenici, soggetti incapaci della sorveglianza dei quali egli è tenuto erga omnes ex art. 2047 c.c., è specificamente responsabile ex art. 2087 c.c., dell'infortunio sul lavoro subito dal personale sanitario per comportamenti aggressivi degli stessi pazienti ove non provi in positivo di aver adottato tutte le più idonee misure di prevenzione che, secondo la particolarità di tale attività, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro, non essendo sufficiente, per l'esonero da responsabilità, la mera prova dell'imprevedibilità del comportamento aggressivo del paziente*"¹⁶⁴⁴. Il fondamento normativo considerato, ex art. 2047, 1° comma c.c. si compone di due momenti distinti: a) il fatto dannoso che è stato realizzato dalla persona incapace; b) il comportamento del sorvegliante, il quale non abbia agito in modo da

¹⁶⁴⁰ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶⁴¹ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶⁴² P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶⁴³ Cass. Civ., Sez. III, 16 giugno del 2005, n. 12965, in *GC*, 2006, I, 72. Si veda P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶⁴⁴ Cass. Civ., Sezione Lavoro, 3 agosto 2007, n. 17066, in *GCM*, 2007. Si veda P. Cendon, op. cit., 635 ss.

scongiurare il verificarsi dell'evento¹⁶⁴⁵. Quanto al primo si deve rammentare che affinché il danno ingiusto dia luogo ad un'obbligazione risarcitoria, occorre che l'evento lesivo sia sussumibile in una delle fattispecie normative di responsabilità, quindi nell'ipotesi in cui il danno derivi dalla condotta di un incapace che non può qualificarsi come antigiuridica, non troveranno applicazione le previsioni degli artt. 2047 e 2048 c.c.¹⁶⁴⁶ Quanto alla responsabilità del soggetto che la sorveglianza dell'incapace, l'art. 2047 c.c. non fa riferimento al fatto illecito dell'incapace, ma esclusivamente al fatto, e ciò conformemente all'art. 2046 c.c. che esclude l'imputabilità del fatto dannoso dell'incapace, salvo che l'incapacità dipenda da sua colpa¹⁶⁴⁷. Il legislatore, pertanto, ha ritenuto che fosse risarcibile solo quel danno che derivasse da un atto qualificabile come doloso o colposo, per cui, non ritenendo di configurare una forma di responsabilità oggettiva a carico del soggetto incapace di intendere o di volere, non fa riferimento al fatto illecito, proprio per la mancanza dell'elemento psicologico¹⁶⁴⁸. Escluso questo elemento psicologico, per potersi avere la responsabilità del sorvegliante dell'incapace a norma dell'art. 2047 c.c., è tuttavia necessario che il fatto dell'incapace presenti tutte le altre caratteristiche di antigiuridicità, e cioè sia tale che, se fosse assistito da dolo o colpa, integrerebbe un fatto illecito, perché antigiuridico e causativo di un danno ingiusto, elementi che il giudice deve accertare per determinare la responsabilità del sorvegliante, salva la prova liberatoria¹⁶⁴⁹. Inoltre, occorre verificare che l'evento dannoso sia riconducibile in virtù del nesso di causalità giuridica alla condotta omissiva del vigilante, per verificare la sussistenza della *culpa in vigilando*: un evento dannoso si può considerare da altro causato se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo, la c.d. teoria della *conditio sine qua non*, ma ciò non è sufficiente, dovendosi rilevare all'interno delle serie causali determinate quelle che non paiono del tutto inverosimili nel momento in cui si produce l'evento causale, c.d. teoria della causalità adeguata¹⁶⁵⁰. L'accertamento del rapporto eziologico appare rilevante soprattutto ai fini della prova liberatoria, poiché il sorvegliante può liberarsi della responsabilità, dimostrando che il fatto si sarebbe verificato nonostante il diligente esercizio della sorveglianza e che, quindi, non esiste nesso di causalità tra fatto dannoso e difetto di

¹⁶⁴⁵ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶⁴⁶ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶⁴⁷ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶⁴⁸ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶⁴⁹ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶⁵⁰ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

sorveglianza¹⁶⁵¹. Quanto al secondo elemento, oggetto della prova “relativa”, dato che può variare nel contenuto e nell’ampiezza in relazione alle circostanze di luogo ed alla modalità dell’evento, consiste nel dimostrare di non aver potuto impedire il realizzarsi dell’evento di danno, per la condizione in cui si trovava oppure per una causa non imputabile al sorvegliante stesso, avendo adottato tutte le misure idonee in concreto per scongiurare il danno¹⁶⁵². Allora, “un normale e diligente esercizio della sorveglianza” non è sufficiente, essendo necessario che il vicario provi di non aver mai creato o lasciato permanere l’incapace in situazioni di pericolo nelle quali questi possa dar luogo, con il proprio comportamento, ad eventi dannosi¹⁶⁵³. La dottrina¹⁶⁵⁴ ha sostenuto che sia possibile riscontrare profili di negligenza e, dunque, di responsabilità nella condotta del sanitario laddove: a) si riscontri una negligenza dovuta a superficialità nella raccolta e nella valutazione dei dati anamnestici del paziente; b) sia possibile riscontrare, secondo gli standard medici, che la probabilità di verifica di danno sia seria ed il medico abbia ommesso, in tutto o in parte, di dare dovuto avviso della pericolosità che si associa al disturbo mentale; c) sia accertabile che l’evento di danno sia da imputare a carenze organizzative del servizio di accertamento e di cura, insufficienze o ad incompetenza ed inadeguatezza degli operatori o delle strutture¹⁶⁵⁵. Ai fini della prova liberatoria, in questo senso, nella nozione di impossibilità di impedire l’evento, va compreso anche il legittimo impedimento della persona del sorvegliante, purché sia oggettivo¹⁶⁵⁶. Aderendo alla dottrina, si ritiene preferibile una interpretazione della prova in termini oggettivi, nel senso di includere in essa quegli eventi che sono interamente estranei dalla sfera di controllo del vicario, da lui inevitabili ed in rapporto causale con un’effettiva impossibilità di prevenire, ricordandosi che è ammesso qualsiasi meccanismo probatorio, anche presuntivo¹⁶⁵⁷. Come già discusso ampiamente, la l. 180 del 1978 ha sancito la fine del modello custodiale e segnato il passaggio ad un sistema di cure fondato sulle concrete esigenze del paziente e sul suo consenso¹⁶⁵⁸. In tale prospettiva, medici e personale sanitario sono onerati di una posizione di garanzia a contenuto terapeutico e, in particolare, erano tenuti a fare quanto in loro potere per evitare che la malattia degenerasse nel compimento di atti autolesivi,

¹⁶⁵¹ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶⁵² P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶⁵³ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶⁵⁴ Bregoli. Si veda P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶⁵⁵ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶⁵⁶ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶⁵⁷ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶⁵⁸ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

o eterolesivi¹⁶⁵⁹. In applicazione dei consueti canoni in tema di responsabilità medica, il paziente che si trovi ricoverato in un reparto psichiatrico deve essere correttamente curato, in base a tutti gli strumenti che ordinamento e scienza pongono a sua disposizione¹⁶⁶⁰. Detto obbligo ha in sé quello di salvare il paziente dal rischio di condotte autolesive, dovendo ritenersi che le stesse rappresentino un'estrinsecazione, quando non una conseguenza, della patologia che lo affligge, strumentale cioè ad una tutela piena ed effettiva della vita e dell'intergrità fisica del soggetto sofferente¹⁶⁶¹. L'art. 1175 c.c., da richiamarsi, impone alle parti del rapporto contrattuale di comportarsi secondo le regole della correttezza, accrescendo il contenuto del contratto fondato sulla buona fede oggettiva: come evidenziate da una parte della dottrina italiana, gli obblighi di protezione, riconducibili nell'ambito categoriale dei doveri di correttezza comportamentale, accessori rispetto agli obblighi prestazionali ma autonomi rispetto a questi, gravano su ciascuna parte del rapporto obbligatorio, al fine di conservare integra la loro sfera giuridica, tutelandola da possibili invasioni lesive¹⁶⁶². La teoria degli obblighi di protezione nel nostro ordinamento ha un preciso fondamento dogmatico nelle norme che configurano il rapporto obbligatorio come un rapporto complesso, il cui scopo di tutela comprende, oltre all'interesse di prestazione definito dall'art. 1174 c.c., anche l'interesse di protezione preso in considerazione dalla norma successiva¹⁶⁶³. Infatti, alla stregua dell'art. 1175 c.c., e nella misura in cui sono da esso coinvolti, gli obblighi di protezione ricevono la loro determinazione di senso non più nel generico dovere del *neminem laedere*, bensì dal rapporto specifico obbligatorio in cui sono inseriti¹⁶⁶⁴. Ciò si traduce in un obbligo di protezione, accessorio, necessario ed autonomo rispetto alla prestazione fondamentale (preventiva, diagnostica, curativa, riabilitativa), gravante sul sanitario, nel caso di specie dello psichiatra: la responsabilità può essere di tipo attivo, per aver ingenerato nel paziente l'impulso autolesionista, o, come frequentemente accade, di tipo omissivo, per non aver evitato l'evento del suicidio, ad esempio¹⁶⁶⁵. Elemento determinante nella prevenzione del rischio di autolesionismo è l'esame clinico-diagnostico: "conoscere" la situazione del paziente per accertare se sussistano rischi di autolesionismo e in che misura, per cui l'addebito di responsabilità viene rivolto quando l'evento infausto era evitabile perché

¹⁶⁵⁹ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶⁶⁰ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶⁶¹ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶⁶² P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶⁶³ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶⁶⁴ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶⁶⁵ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

prevedibile¹⁶⁶⁶. Il suicidio del paziente costituisce, infatti, un evento che lo psichiatra deve mettere in conto, dal momento che le statistiche epidemiologiche dimostrano che la malattia psichiatrica costituisce il più importante fattore di rischio di suicidio¹⁶⁶⁷. Peraltro lo psichiatra si trova in una posizione privilegiata tale da consentirgli di dar luogo ad un'attenta valutazione del rischio ed alla possibilità di predisporre misure di prevenzione, sia che operi in un ambiente ospedaliero sia che svolga la propria attività professionale in una struttura territoriale¹⁶⁶⁸. È importante sottolineare che il paziente psichiatrico è un soggetto "selezionato", per il disturbo mentale diagnosticabile e per un ambiente che è il più adatto per circoscrivere il rischio suicidario¹⁶⁶⁹. Ciò significa che il medico deve procere all'adozione in concreto delle maggiori misure di diligenza, per evitare il fenomeno verificabile, in astratto, in modo probabile e possibile¹⁶⁷⁰. Da qui l'importanza di una esatta conoscenza della patologia del malato e l'importanza di una cartella clinica dello stesso quanto mai più aggiornata e dettagliatamente curata, per un chiaro e preciso quadro della sua situazione: la condanna risarcitoria viene pronunciata per effetto di un comportamento autolesivo evitabile con l'allestimento di misure non sproporzionate rispetto alla probabilità del prodursi dell'evento¹⁶⁷¹. Questo è quanto emerge dalla pronuncia n. 6744 del 2012¹⁶⁷² della Corte di Cassazione, Sezione IV, il giorno 20 del mese di febbraio, avente ad oggetto il suicidio di un detenuto nella cella di un penitenziario per omessa vigilanza della guardia, titolare di un obbligo di protezione: con la menzionata sentenza la Corte conferma la condanna di una guardia carceraria, ai sensi del combinato disposto degli articoli 40 e 589 del c.p., ossia di omicidio colposo derivante dal mancato rispetto degli obblighi di vigilanza. La detenuta che doveva essere sorvegliata era deceduta per asfissia meccanica da impiccamento, e all'imputata era stata contestata l'omissione di diligenza nella sorveglianza per non aver impedito alla prima di impiccarsi alla sponda del letto, nonché il mancato tempestivo intervento che avrebbe potuto scongiurarne la morte¹⁶⁷³. Nel ricorso proposto dall'imputata la difesa fa leva sul fatto che, sebbene la stessa avesse omesso di vigilare in modo continuativo dinanzi alla stanza, era anche vero che nel corso del medesimo turno si era trovata a fronteggiare una carenza di organico ed era stata adibita anche alla vigilanza del reparto

¹⁶⁶⁶ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶⁶⁷ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶⁶⁸ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶⁶⁹ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶⁷⁰ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶⁷¹ P. Cendon, op. cit., 635 ss. Cass. Pen., IV Sez., 20/02/2012, 6744, in www.diritto.it.

¹⁶⁷² Cass. Pen., IV Sez., 20/02/2012, 6744, in www.diritto.it.

¹⁶⁷³ Cass. Pen., IV Sez., 20/02/2012, 6744, in www.diritto.it.

infermeria. Inoltre, la detenuta era legata ad una sponda del letto non visibile dallo spioncino, e pertanto anche una sorveglianza più continuativa non avrebbe potuto scongiurare il verificarsi dell'episodio¹⁶⁷⁴. La Cassazione ha però respinto il ricorso, sottolineando come la disposizione della sorveglianza a vista era stata impartita, evidentemente, in previsione di iniziative estemporanee e pericolose della detenuta ed era funzionale a scongiurare comportamenti autolesionistici, quindi non può invocarsi una imprevedibilità dell'evento, che probabilmente una sorveglianza più attenta avrebbe impedito¹⁶⁷⁵. La Corte, infatti, conclude, ritenendo evidente che **“l’omissione della condotta prescritta ha precluso, a monte, il tempestivo avvistamento della complessa manovra suicidaria e, con esso, il conseguente dovuto intervento per scongiurarne l’esito fatale”**, condannando la ricorrente al pagamento delle spese processuali, ex art. 616 c.p.p.¹⁶⁷⁶ Altra ipotesi¹⁶⁷⁷ da valutare è quella in cui il malato si tolga la vita nell'ambito di una struttura di ospitalità e cura, ad esempio un RSA, essendo anche in questo caso elemento dirimente per il giudizio di responsabilità la prevedibilità o meno dell'evento autolesivo e la sussistenza di idonee misure di cautela, in favore del paziente, superate dalla condotta non vincibile del malato stesso. Con sentenza n. 6914 del 2012¹⁶⁷⁸ la Cassazione si pronuncia su un caso pertinente relativamente a quanto introdotto: M.G. citò in giudizio risarcitorio la Casa Soggiorno per Anziani di Grigno attribuendole la responsabilità della morte di sua madre che, ricoverata in quell'istituto in quanto affetta da morbo di Alzheimer, era precipitata dalla finestra della stanza di degenza¹⁶⁷⁹. La domanda è stata respinta dal Tribunale di Trento con sentenza poi confermata dalla Corte d'Appello della stessa città. In particolare, il giudice di secondo grado ha ritenuto che non ricorrendo un'ipotesi di responsabilità contrattuale, non fosse applicabile l'inversione dell'onere probatorio di cui all'art. 1218 c.c.; l'evento era da considerarsi imprevedibile, e, dunque, nessun rimprovero poteva essere mosso all'organizzazione della casa di riposo¹⁶⁸⁰. Viene proposto ricorso dalla stessa attrice in cassazione per i seguenti cinque motivi: il primo lamenta la violazione di legge, sostenendo che il danno non patrimoniale, richiesto dalla ricorrente, è risarcibile anche in ipotesi di inadempimento contrattuale, sicché, “sussistendo un rapporto contrattuale

¹⁶⁷⁴ Cass. Pen., IV Sez., 20/02/2012, 6744, in www.diritto.it.

¹⁶⁷⁵ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶⁷⁶ Cass. Pen., IV Sez., 20/02/2012, 6744, in www.diritto.it.

¹⁶⁷⁷ P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶⁷⁸ P. Cendon, op. cit., 635 ss. Si veda Cass. Civ., Sez. III, 08/05/2012, n. 6914, in www.dannoallapersona.it.

¹⁶⁷⁹ Cass. Civ., Sez. III, 08/05/2012, n. 6914, in www.dannoallapersona.it.

¹⁶⁸⁰ Cass. Civ., Sez. III, 08/05/2012, n. 6914, in www.dannoallapersona.it.

tra degente e casa di riposo (...) deve trovare applicazione l'art. 1218 c.c., con relativa inversione dell'onere probatorio a carico del debitore (casa di riposo)"; il secondo motivo, censurando la violazione di legge, sostiene che a norma dell'art. 1218 c.c. la casa di riposo avrebbe dovuto provare che il proprio inadempimento era stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a sé non imputabile; il terzo censura la sentenza per errata valutazione delle prove e per vizio della motivazione; il quarto lamenta che il giudice non abbia fatto ricorso alle presunzioni, al contrario di quanto avrebbe dovuto; il quinto ritorna sulla errata valutazione degli elementi di prova raccolti nell'istruttoria¹⁶⁸¹. I motivi sono in parte inammissibili ed in parte infondati. Sono inammissibili laddove introducono una serie di questioni in fatto per ottenere dalla Corte di legittimità una nuova e diversa valutazione delle prove e, dunque, un giudizio di merito che è precluso in cassazione. Sono infondati, inoltre, quanto alle doglianze di violazione di legge e vizio della motivazione¹⁶⁸². Infatti, è pur vero che la più recente giurisprudenza di questa Corte ha definitivamente riconosciuto la risarcibilità del danno non patrimoniale anche in caso di inadempimento contrattuale, tuttavia, nella specie, correttamente il giudice ha escluso la configurabilità della responsabilità, posto che il rapporto contrattuale è intercorso tra la stessa casa di riposo e la ricoverata, non certo tra la prima e la figlia della seconda. Richiedendo questa il risarcimento non patrimoniale da sé stessa subito a causa della morte della madre, produce la conseguenza che l'ambito risarcitorio nel quale la domanda va inquadrata è necessariamente di natura extracontrattuale¹⁶⁸³. Il giudice, così, ha individuato l'onere della prova a carico dell'attrice, proprio della responsabilità aquiliana, ed ha concluso che l'evento mortale verificatosi era affatto imprevedibile da parte della struttura ospitante, con conseguente impossibilità di rimproverarle comportamenti di natura colposa¹⁶⁸⁴. Quanto al lamentato vizio di motivazione, questa si manifesta logica e congrua in ordine a tutti i punti controversi, né la ricorrente prospetta fatti decisivi in ordine ai quali il giudice non abbia argomentato¹⁶⁸⁵. Quanto, infine, al mancato ricorso alla prova presuntiva, occorre ricordare che la censura per vizio di motivazione in ordine all'utilizzo o mero ragionamento presuntivo non può limitarsi ad affermare un convincimento diverso da quello espresso dal giudice di merito, ma deve fare emergere l'assoluta illogicità e contraddittorietà del ragionamento decisorio, restando peraltro

¹⁶⁸¹ Cass. Civ., Sez. III, 08/05/2012, n. 6914, in www.dannoallapersona.it.

¹⁶⁸² Cass. Civ., Sez. III, 08/05/2012, n. 6914, in www.dannoallapersona.it.

¹⁶⁸³ Cass. Civ., Sez. III, 08/05/2012, n. 6914, in www.dannoallapersona.it.

¹⁶⁸⁴ Cass. Civ., Sez. III, 08/05/2012, n. 6914, in www.dannoallapersona.it.

¹⁶⁸⁵ Cass. Civ., Sez. III, 08/05/2012, n. 6914, in www.dannoallapersona.it.

escluso che la sola mancata valutazione di un elemento indiziario possa dare luogo al vizio di omesso esame di un punto decisivo. In conclusione, il ricorso è stato respinto, con condanna della ricorrente a rivalere la controparte delle spese sopportate nel giudizio di cassazione¹⁶⁸⁶. In ultima analisi¹⁶⁸⁷, si rileva come alle mancanze meramente strutturali si associno spesso lacune o negligenze informative ed organizzative, specie in riferimento alle disposizioni che i medici devono fornire al personale infermieristico. È quanto accaduto nel caso deciso dalla Corte di Cassazione nell'aprile del 2005¹⁶⁸⁸, che aveva ad oggetto la responsabilità del medico di turno e del capo del reparto di psichiatria, superiore gerarchico del primo, per il suicidio di un paziente, con grave depressione riacutizzata, precedenti tentativi di suicidio e manifeste intenzioni suicidarie attuali, ricoverato in regime di t.s.o. ed impiccatosi nel bagno ove si era recato senza alcun controllo portando con sé le lenzuola con cui aveva realizzato una rudimentale corda: accanto all'evidente inadeguatezza della struttura contenitiva predisposta per il paziente, si affiancava l'omessa informazione dei medici imputati nei confronti degli infermieri di turno circa il fatto che il suicida aveva già in precedenza preannunciato il suo proposito, per iscritto e con indicazione del periodo in cui si sarebbe tolto la vita¹⁶⁸⁹. Il primario del reparto ed il medico di guardia di quella notte furono assolti nel primo grado del giudizio dall'accusa di omicidio colposo, ma condannati in appello per non aver dato idonee e dettagliate istruzioni al personale infermieristico e sanitario ausiliario circa il rischio di suicidio e le necessità di una stretta sorveglianza "a vista" del paziente¹⁶⁹⁰. A fronte della situazione di fatto illustrata, si statuisce che essendo il soggetto sottoposto al trattamento sanitario obbligatorio, ***“esiste la posizione di garanzia a carico dei medici della struttura, in quanto l'art. 34, comma 4, della legge 833 del 1978 stabilisce le condizioni in presenza delle quali è consentito il trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale, che costituisce extrema ratio, privilegiandosi il trattamento volontario: disponendosi tale trattamento da parte della competente autorità amministrativa, si può prevedere che le cure vengano prestate in condizioni di degenza ospedaliera solo se esistano alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici che non vengono accettati dall'infermo e non vi siano le condizioni e le circostanze che consentano di adottare tempestive ed idonee***

¹⁶⁸⁶ Cass. Civ., Sez. III, 08/05/2012, n. 6914, in www.dannoallapersona.it.

¹⁶⁸⁷ P. Cendon, op. cit., 635 ss.; U. Fornari-S. Jourdan, op. cit., 50 ss.

¹⁶⁸⁸ P. Cendon, op. cit., 635 ss.; U. Fornari-S. Jourdan, op. cit., 50 ss. ; Cass. Pen., IV Sezione, 12/04/2005, n. 13241.

¹⁶⁸⁹ P. Cendon, op. cit., 635 ss.; U. Fornari-S. Jourdan, op. cit., 50 ss.

¹⁶⁹⁰ P. Cendon, op. cit., 635 ss.; U. Fornari-S. Jourdan, op. cit., 50 ss.

*misure sanitarie extraospedaliere (art. 34, comma 4, della Legge 833 del 1978). In tali casi, dunque, in deroga al volontarismo che ha ispirato la legge 180 del 1978, che ha ritenuto di trasfondere in legge ordinaria il principio dettato dall'articolo 32, comma 2, Cost. in ordine alla libertà di cura, le cui norme sono state trasfuse nella legge 833, è consentita la limitazione della libertà personale a tutela del paziente stesso (ed in via riflessa, eventualmente, dei terzi), e tale tutela a fronte di una situazione di gravità estrema e di mancata collaborazione del soggetto che non aderisca ad un trattamento volontario, non può non effettuarsi che attraverso la custodia del soggetto, e se del caso attraverso la contenzione. In sostanza se il soggetto, in stato di grave alterazione psichica, accetta di sottoporsi ad un trattamento volontario, non è suscettibile di coercizione, né conseguentemente può sorgere l'obbligo di custodia nei confronti di un soggetto al quale nulla può essere imposto”¹⁶⁹¹. Riassumendo e concludendo, in riferimento agli atti di autolesionismo del paziente, la tendenza emergente in giurisprudenza è quella di privilegiare l'inquadramento della responsabilità in ambito contrattuale comunque canalizzando sulla struttura il costo dei danni autoprocurati dal paziente; con riguardo agli atti di etero-aggressione, in rapporto ai quali si delineano reati gravi come omicidi, atti di violenza sessuale, aggressioni, danneggiamento di beni verso terzi, il modello di responsabilità extracontrattuale, o aquiliana, è l'unico che possa offrire un paradigma entro cui potere inquadrare tali fattispecie che assumono rilevanza esterna¹⁶⁹². In tali casi, che hanno rilevanza penalistica, si fa perno più che sulla posizione di garante della struttura, sulla condotta del personale medico/infermieristico, privilegiando come norma da applicare nel riferimento alla figura del sorvegliante l'art. 2047 c.c.¹⁶⁹³ In ultimis, la Quarta Sezione Penale della Corte di Cassazione, il **21 settembre del 2017**, con pronuncia n. **43476**¹⁶⁹⁴, ha statuito su un caso che ha visto coinvolto un medico psichiatra ed un paziente, relativamente al rischio concretizzatosi di compimento di atti autolesivi. Di seguito si riportano i passaggi principali della sentenza. La Corte ha ritenuto in fatto che “*la (OMISSIS), affetta da schizofrenia paranoide cronica con episodi psicotici acuti, aveva subito diversi ricoveri ospedalieri connessi alla patologia, l'ultimo dei quali nel (OMISSIS), a distanza di pochi giorni dalla nascita della secondogenita. Nel corso dell'ultimo ricovero, la predetta era stata seguita dal (OMISSIS) che le aveva somministrato cure**

¹⁶⁹¹ U. Fornari-S. Jourdan, op. cit., 50 ss.; P. Cendon, op. cit., 635 ss.

¹⁶⁹² P. Cendon, op. cit., 635 ss.; U. Fornari-S. Jourdan, op. cit., 50 ss.

¹⁶⁹³ P. Cendon, op. cit., 635 ss.; U. Fornari-S. Jourdan, op. cit., 50 ss.

¹⁶⁹⁴ Cass. Pen., IV Sez., 21/09/2017, n. 43476, su www.cortedicassazione.it.

farmacologiche da eseguire a casa. La mattina del (OMISSIS) la paziente si era presentata presso il Servizio Psichiatrico Diagnosi e Cura dell'ospedale di (OMISSIS), accompagnata dal convivente, il quale aveva rappresentato all'imputato che la donna aveva ingerito un intero flacone di Serenase; il medico, dopo aver constatato che la paziente si presentava tranquilla e con gli occhi aperti, senza manifestare i sintomi tipici di una massiccia assunzione di quel farmaco di tipologia "aloperidolo", li congedava, consigliando al convivente di non somministrare altro nel corso della giornata e dicendogli di richiamarlo la mattina dopo. Tornati a casa, secondo quanto riferito dall'uomo, la paziente si gettava sul letto, addormentandosi; egli usciva per un breve lasso di tempo e, al ritorno, constatava che la donna si era suicidata lanciandosi dal balcone. All'imputato veniva dunque contestato che, in qualità di medico curante la signora, con condotta consistita nell'aver ommesso, per negligenza, imprudenza ed imperizia di disporre i necessari accertamenti medici, come previsto dai protocolli in caso di sovradosaggio e intossicazione da farmaco aloperidolo, nonché di prescrivere il necessario ricovero, nonostante fosse stato messo a conoscenza che la persona offesa, oltre ad avere ingerito un intero flacone di Serenase, aveva nei giorni precedenti manifestato propositi suicidari, ometteva di impedire che la donna, rientrata a casa subito dopo l'omesso ricovero, si gettasse dal balcone della propria abitazione. La Corte territoriale disattendeva i motivi di gravame, incentrati sulla assenza di condotta rimproverabili al (OMISSIS). I motivi possono così sintetizzarsi: "La donna, all'atto della presentazione all'ospedale, non presentava segni clinici di intossicazione da farmaco; inoltre, la tipologia di farmaco ingerita non implicava l'induzione in propositi suicidari; l'istruttoria aveva negato che la paziente avesse tentato il suicidio o che avesse istinti di tal fatta né detta intenzione fu rappresentata al (OMISSIS) la mattina del tragico evento; non vi erano dunque segnali o elementi che imponessero al medico di procedere al ricovero presso il Servizio Psichiatrico e neppure indicazioni per un ricovero al pronto soccorso per l'ingestione del farmaco. Si argomentava poi che "benché le conclusioni del p.m. avessero escluso il nesso tra uso di farmaci a base di aloperidolo e aumento del rischio suicidario nonché la presenza, la mattina dell'episodio, di segni clinici di intossicazione da farmaco anche perché l'assorbimento avviene nell'arco di sei ore e gli effetti si producono dopo due ore, doveva considerarsi che la (OMISSIS) era affetta da manifestazioni psico patologiche tali da richiedere una particolare attenzione e che l'assunzione massiccia di un farmaco in un paziente con una storia anamnestica psichiatrica così come quella documentata, con 13 cartelle

cliniche di ricovero presso il Centro ospedaliero psichiatrico, avrebbe dovuto indurre a maggiore prudenza, e in special modo, indurre ad intraprendere una “sorveglianza sanitaria”. La Corte, dunque, affermò la “posizione di garanzia” rivestita dal (OMISSIS), medico curante, e nella violazione dei doveri di diligenza e perizia, non avendo valutato con attenzione, e addirittura minimizzato, l’anomalia comportamentale della paziente, dovendo presagire la situazione di allarme in corso. Quindi l’intento suicidario era prevedibile ed evitabile e la condotta del medico colposa. Successivamente fu presentato ricorso per cassazione a mezzo del difensore di fiducia dello psichiatra. Con un unico motivo viene lamentato il vizio di violazione di legge, in relazione agli articoli 40 e 589 c.p., e vizio di illogicità e contraddittorietà della motivazione, oltre che di travisamento della prova. In particolare, la Corte territoriale aveva ommesso l’indagine causale secondo le note regole tracciate dalla giurisprudenza di legittimità: la pronuncia impugnata non aveva descritto in maniera rigorosa la condotta omessa né se l’azione che avrebbe dovuto compiersi avrebbe, con probabilità vicina alla certezza, impedito il rischio di suicidio. Inoltre, vi era stato un travisamento degli elementi probatori acquisiti al processo, mancando così ogni certezza che un ricovero al pronto soccorso avrebbe evitato un suicidio da defenestrazione. La Corte aveva ommesso, relativamente ai segnali di allarme lanciati dalla donna, il riferimento a elementi decisivi della testimonianza del convivente e la considerazione del passaggio della deposizione di quest’ultimo, in cui aveva dichiarato di non aver mai detto al (OMISSIS) né ad altri che la paziente voleva suicidarsi, anche perché, prima di quel giorno, non aveva mai manifestato manie suicide. Tutto ciò rendeva l’evento in cui il rischio si è concretizzato imprevedibile ed evitabile *ex ante* ed in concreto. Inoltre, dato che la donna mai è stata ricoverata, erroneamente è stata ritenuta sussistente la posizione di garanzia. In diritto, il ricorso è stato dichiarato infondato. Ai fini di interesse, giova ricordare che, secondo l’orientamento espresso da questa Corte, la responsabilità dello psichiatra deve inquadrarsi nell’ambito del “rischio consentito”: ***“a seguito dell’abbandono delle deprecate pratiche di isolamento e segregazione, la cura del paziente con terapie rispettose della sua dignità non può eliminare del tutto il potenziale pericolo di condotte inconsulte. Il rischio connesso alla gestione del paziente è insuperabile ma è comunque accettato dalla scienza medica e dalla società”.*** Proseguendo, ***“la posizione di garanzia dello psichiatra è al contempo qualificabile come di “controllo”, al fine di neutralizzare gli effetti lesivi verso terzi, e di protezione del paziente medesimo, soggetto debole, da comportamenti pregiudizievoli per sé stesso. Per definire il***

contenuto della posizione di garanzia, è necessario tener conto della contemporanea presenza di vincoli protettivi e pretese di controllo, unitamente alla particolare complessità della situazione rischiosa da governare: esiste uno “stretto collegamento” tra il perimetro della posizione di garanzia ed il rischio consentito, nel senso che è proprio l’esigenza di contrastare e frenare un determinato rischio per il paziente, o realizzato verso terzi, che “individua e circoscrive, sul versante della responsabilità colposa, le regole cautelari del medico”. Pertanto, “l’apparato motivazionale dei giudici di merito è pienamente rispettoso dei principi esposti e si sottrae alle censure lamentate”. Infine, la condotta del medico è “oggettivamente al di sotto della diligenza esigibile, e integra certamente la violazione delle regole di prudenza che l’ordinamento impone”, non avendo nel caso concreto esercitato i poteri impeditivi adeguati “a scongiurare il rischio suicidario”. Quanto alla causalità, si richiama la sentenza Franzese: il giudizio sull’evitabilità dell’evento è basato sulle più significative acquisizioni fattuali e scientifiche afferenti al caso concreto nella prospettiva dell’attuazione di tutte le misure appropriate. “La condotta negligente, consistita nel non aver prospettato neppure una possibilità di ricovero, nel non aver tenuto la paziente sotto osservazione per un tempo minimo ragionevole, e, infine, di non aver neppure imposto al marito di attuare sulla moglie una vigilanza costante, hanno sicuramente avuto una piena incidenza causale sulla condotta della vittima; ben potendo, detti comportamenti, ove attuati, scongiurare l’evento concretamente verificatosi con probabilità prossima alla certezza¹⁶⁹⁵.

¹⁶⁹⁵ La causalità dell’*“all or nothing”*. Si veda Cass. Pen., IV Sez., 21/09/2017, n. 43476, su www.cortedicassazione.it.

7. CENNI SULLA RESPONSABILITÀ DA TRATTAMENTO SANITARIO OBBLIGATORIO ILLEGITTIMO

Si conclude con brevi cenni sull'ormai noto T.S.O. (*breviter*), ovvero il trattamento sanitario obbligatorio, il quale è ammissibile nei soli casi previsti dalla legge, secondo la riserva di legge *ex art.* 32, 2° comma, Cost.; in particolare, gli artt. 2, l. 180/1978 e 34, l. 833/1978 lo ammettano nei confronti delle persone affette da malattie mentali¹⁶⁹⁶. Esso può essere disposto in condizione di degenza ospedaliera, ai sensi del'art. 34, 6° comma, l. 833/1978, solo se: a) esistano alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici; b) gli stessi non vengano accettati dall'infermo; c) non vi siano le condizioni e le circostanze che consentano di adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extraospedaliere¹⁶⁹⁷. Gli accertamenti ed i trattamenti sanitari obbligatori sono disposti con provvedimento del sindaco nella sua qualità di autorità sanitaria, su proposta motivata di un medico. Il sindaco deve provvedere entro 48 ore dalla proposta ovvero, ove si tratti di trattamento da svolgersi in condizione di degenza ospedaliera, entro 48 ore dalla convalida della proposta di parte del medico della struttura sanitaria pubblica¹⁶⁹⁸. Il provvedimento deve essere motivato ed essere notificato, tramite messo comunale, all'ufficio del giudice tutelare nella cui circoscrizione rientra il Comune in cui il trattamento deve essere eseguito (art. 35, 1° comma, l. 833/1978 e art. 3, 1° comma, l. 180/1978)¹⁶⁹⁹. Il provvedimento che dispone il trattamento sanitario obbligatorio in condizioni di degenza ospedaliera deve essere preceduto dalla convalida della proposta suaccennata da parte di un medico dell'azienda sanitaria locale e deve essere, come detto, motivato in relazione a quanto previsto dall'art. 34¹⁷⁰⁰. La proposta del medico deve essere motivata e deve attestare, con idonea certificazione, la sussistenza delle alterazioni psichiche, l'urgenza di provvedere al trattamento e l'impossibilità di cure alternantive extra-ospedaliere¹⁷⁰¹. All'esito dei rilievi sin qui svolti, si rileva che la legge, essendo coinvolta la libertà personale e di cura del paziente, prevede un triplice obbligo di motivazione: la proposta deve essere motivata; la convalida deve essere motivata; il provvedimento del Sindaco deve essere motivato¹⁷⁰².

¹⁶⁹⁶ P. Cendon, op. cit., 656 ss.

¹⁶⁹⁷ P. Cendon, op. cit., 656 ss.

¹⁶⁹⁸ P. Cendon, op. cit., 656 ss.

¹⁶⁹⁹ P. Cendon, op. cit., 656 ss.

¹⁷⁰⁰ P. Cendon, op. cit., 656 ss.

¹⁷⁰¹ P. Cendon, op. cit., 656 ss.

¹⁷⁰² P. Cendon, op. cit., 656 ss.

Il dato normativo sufficientemente chiaro non è, in realtà, pienamente rispettato nelle prassi degli enti locali e dei vari medici coinvolti. In molti casi, infatti, la proposta del medico indica solo la patologia ma non è sufficientemente motivata quanto alla necessità del t.s.o. ai sensi dell'art. 33, 2° comma, l. 833/1978; la convalida del medico dell'A.s.l. non è sufficientemente motivata, come prevede l'art. 34, 6° comma, in ordine ai tre requisiti che la legge impone di valutare per l'emissione del provvedimento di competenza; il provvedimento del Sindaco non reca motivazione completa come prevede l'art. 33, 2° comma; non viene inoltrata nessuna certificazione medica che attesti la patologia, neanche da parte degli stessi medici che intervengono nel procedimento, i quali si limitano a darne atto nei loro provvedimenti; non viene esibita la documentazione medica relativa al ricovero ospedaliero della persona¹⁷⁰³. È poi diffuso l'utilizzo dei prestampati: va però ricordato che non costituisce idonea motivazione l'utilizzo di formulari uniformi in cui si riproduce, per tutta la generalità dei casi, la mera formula legislativa: siccome esistono "alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici, gli stessi non vengono accettati dall'infermo e non vi sono le condizioni e le circostanze che consentano di adottare tempestive ed idonee misure extraospedaliere" (art. 34)¹⁷⁰⁴. La mera riproduzione delle norme costituisce motivazione apparente soprattutto là dove siano in gioco diritti fondamentali dell'individuo tutelati direttamente anche dalla Carta costituzionale e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali¹⁷⁰⁵. Al paziente va resa idonea informazione circa i diritti che gli spettano nel corso del trattamento sanitario obbligatorio e gode di precipue garanzie legislative¹⁷⁰⁶. Tra quest'ultime, il controllo del giudice tutelare, in sede di convalida, non è solo formale, bensì anche di legittimità, per cui la convalida andrà negata sia in caso di mancato rispetto dei termini perentori previsti dalla legge, sia qualora difettino i presupposti in cui la legge consente il trattamento nonché qualora risulti mancante la proposta del medico o la convalida della struttura pubblica¹⁷⁰⁷. In caso di insufficiente motivazione della proposta, il giudice può comunque convalidare se dagli atti risulti l'esistenza dei presupposti legittimanti il trattamento: ma a tal fine è indefettibile la presenza, quanto meno, della certificazione medica del ricovero¹⁷⁰⁸. La motivazione degli atti sottesi al

¹⁷⁰³ P. Cendon, op. cit., 656 ss.

¹⁷⁰⁴ P. Cendon, op. cit., 656 ss.

¹⁷⁰⁵ P. Cendon, op. cit., 656 ss.

¹⁷⁰⁶ P. Cendon, op. cit., 656 ss.

¹⁷⁰⁷ P. Cendon, op. cit., 656 ss.

¹⁷⁰⁸ P. Cendon, op. cit., 656 ss.

t.s.o. è essenziale poiché con essa si verifica che il provvedimento che lo impone sia volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri e che l'intervento previsto non danneggi, ma sia anzi utile alla salute di chi vi è sottoposto¹⁷⁰⁹. L'eventualità di un provvedimento illegittimo, nella sussistenza di profili di colpa o dolo, è fatto idoneo a generare a carico dei medici intervenuti, un'obbligazione risarcitoria, in favore del paziente. Si tratta di un danno che deriva dalla lesione di un diritto fondamentale, quello alla salute, come libertà di cura e quello alla persona, come libertà di autodeterminazione, e dunque trova pieno fondamento nell'art. 2059 c.c.¹⁷¹⁰ Tra le rare pronunce giurisprudenziali, si segnala una sentenza del Tribunale di Venezia¹⁷¹¹, la quale ha considerato risarcibile il danno non patrimoniale per lesione della dignità dell'individuo subito a causa di trattamento sanitario obbligatorio illegittimo in quanto disposto in difformità dalle cautele procedurali imposte dalla legge¹⁷¹². Nella specie, il trattamento era stato ordinato senza che il medico avesse potuto visitare il paziente e per finalità di prevenzione sociale, anziché di tutela della salute dell'individuo, in considerazione di un supposto *fumus* di pericolosità del soggetto interessato¹⁷¹³. E ciò in aperto contrasto con la l. 180 del 1978 che, con chiarezza, dispone sia il divieto di disporre il t.s.o. nei confronti di persona che non sia stata visitata nell'imminenza dell'adozione della misura sia il divieto di disporre il provvedimento contro chi non sia stato posto nella condizione di decidere liberamente di sottoporsi a determinate terapie¹⁷¹⁴.

¹⁷⁰⁹ P. Cendon, op. cit., 656 ss.

¹⁷¹⁰ P. Cendon, op. cit., 656 ss.

¹⁷¹¹ P. Cendon, op. cit., 656 ss. Trib. Venezia, sez. III, 19 dicembre 2005, "RC", 3, 237.

¹⁷¹² P. Cendon, op. cit., 656 ss.

¹⁷¹³ P. Cendon, op. cit., 656 ss.

¹⁷¹⁴ P. Cendon, op. cit., 656 ss.

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Al termine della trattazione di carattere tecnico-giuridico, mi sento in dovere nei confronti del lettore, tirando le fila di quanto illustrato, di spogliare il dialogo del formalismo e tecnicismo necessariamente dati dalla natura e dalla portata della materia sostanziale, al fine di rivelare la chiave di lettura e, dunque, l'essenza di quanto ho esposto fino ad ora. L'obiettivo che ho voluto perseguire, che forse non è di immediata intuizione, ma spero che sia di agevole comprensione, traspare dal titolo da me dato alla trattazione, il quale io considero "lente di ingrandimento" di ogni esposizione divulgativa, anche di carattere tecnico-scientifico: *"Il principio di non contraddizione nella forma giuridica delle scriminanti nell'attività medico-psichiatrica: la responsabilità penale "colposa" dello psichiatra"*. Provando a scomporlo si possono individuare gli elementi costitutivi della trattazione, analizzati nei tre capitoli, ma non confinati a questi, considerando il loro richiamarsi e *contraddirsi* in alcuni punti. Premessa di ciò ed anche conclusione è la "trasversalità" del diritto complessivamente e generalmente inteso, quale ordinamento, *id est "ordo ordinans ed ordinatus"*, che permea la vita umana perché da essa trae origine ed in essa si estingue: si potrebbe paragonare questo al meraviglioso funzionamento dell'organismo umano, fatto dei suoi apparati e dei suoi sistemi, delle sue interconnessioni biologiche e logiche, di regolarità, di organicità, coerenza e sistematicità, in cui ogni elemento fisiologicamente ma anche patologicamente trova la sua necessaria caratterizzazione strutturale e funzionale. La *scientia iuris* presenta queste caratteristiche non solo al suo interno, date le diverse branche dell'ordinamento, che formano le tessere di un unico mosaico, ma soprattutto adottando una prospettiva più ampia, che pone al centro "noi", l'essere umano, e tutti i settori del suo vivere. Perciò, è mia premura sottolineare, per tutti, – siano essi lettori "navigati" o meno in questa *sedes materiae* – che con l'austero ed astratto "diritto" si può giocare e divertirsi, proprio perché, al contrario, è dinamico e vivente, anticipatore di tendenze e spesso un passo avanti a noi uomini ed alle nostre faccende; un libro sempre aperto, che si lascia sfogliare non da chiunque, ma nemmeno dall'esperto, l'esperienza del quale negli anni lo ha reso rigido, chiuso, immobile nelle sue conoscenze che sono divenute sua veste indefettibile, non incline a porre continuamente in discussione le sue categorie concettuali: il suo destinatario preferito è il "giovane", anche un pò presuntuoso per la sua età ed inesperienza, dominato costantemente dalla

curiosità di indagare la *ratio* o il fondamento logico della materia giuridica nelle sue categorie, pronto a *contraddirla* e a *contraddirsi*, accettando cioè le sfide che questa pone e, naturalmente ed umilmente, anche le sconfitte. In questo gioco curioso si vince e si perde; sono maggiori le sconfitte, le volte in cui si viene chiamati, spesso, a porre la propria persona in discussione, ma questo è un percorso logico, obbligato, irreversibile e costante se si vuole vivere con ironica maturità. Lo stesso legislatore, con il suo sguardo sempre più sovranazionale, che appare tanto onnisciente ed onnipotente, palesemente ha dovuto abdicare alla sua capacità di prevenire e prevedere, di controllare e rimediare o riconoscere il fallimento nei suoi tentativi. Il lettore, dunque, è stato introdotto nella trattazione della tematica attraverso la presentazione di una regola, *rectius* principio, generale e generalissima, che noti filosofi ed amanti del sapere, e non solo, hanno configurato come uno dei “principi regolatori” del vivere umano, ovvero “*il principio di non contraddizione*”, con le sue applicazioni logiche e giuridiche. Inevitabilmente, il diritto, che non può allontanarsi dal suo “*dominus*”, sebbene sia sempre un passo avanti a lui come è stato detto, ha recepito questa categoria, traducendola o convertendola, tra i mattoni fondanti di una delle sue branche, quella penalistica, la quale, maggiormente rispetto ad altre, è antropocentrica (dal greco “*άνθρωπος*” e “*κέντρον*”, che rispettivamente significano “uomo” e “centro”), ovvero pone al suo centro e sviscera l’animo umano, noto come “*ψυχή*” nel greco antico, con le sue fragilità e debolezze, richiedendo perciò una profonda e non comune sensibilità. Infatti, questo principio è base giuridica di alcune delle “*cause di giustificazione*”, che elidono il carattere di anti-giuridicità del fatto tipico, tra cui quella analizzata nel secondo capitolo del “*consenso*” – la cui natura è anfibia come è stato affermato – della persona “potenzialmente” offesa dalla condotta negligente, imprudente o imperita del professionista, ovvero il paziente, la parte debole del rapporto, poiché colui che legifera non può, dall’alto, punire determinati comportamenti in settori dell’ordinamento ed imporli in altri, peccando così di incoerenza e facendo venire meno la sua aurea di “Dio” perfetto e razionale, “*contraddicendosi*”. Tuttavia, il consenso sottostante il rapporto peculiare tra il medico, nel caso di specie lo psichiatra, ed il “suo” paziente, non rileva solo come scriminante *ex post*, successivamente l’instaurarsi della relazione, per giustificare l’errore in cui potrebbe cadere lo specialista, ma, come detto, è presupposto di essa – da qui l’aggettivo fondamentale di “*informato*”, attribuito da cui scaturiscono altri corollari – e, soprattutto nel dialogo costante ed *a priori* non determinabile in termini temporali tra medico e paziente psichiatrico, fonte di

alimentazione continua di una più intima e delicata conoscenza che nel tempo si sviluppa, necessariamente, consolidandosi attraverso la reciproca fiducia e collaborazione, in misura maggiore nel rapporto descritto che in quelli intercorrenti tra altre figure di sanitari e le persone che questi hanno “in cura”. Perciò, nel terzo ed ultimo capitolo sono state rappresentate, criticamente e distintamente, le evoluzioni della concezione del paziente psichiatrico, da “matto” da emarginare a “uomo” verso cui la società deve tendere, sforzandosi di andare incontro alle sue esigenze “diverse” da quelle della massa, e consequenzialmente del medico psichiatra – con la sua “scomoda” posizione di “garante”, dai contorni non definiti e mai definibili perché, forse, essa stessa è un abito troppo stretto, non “idoneo” affinché chi lo indossa possa in esso muoversi liberamente per “gestire” il peculiare rapporto di cui è parte – il quale, si precisa, non potrà mai comprendere (“*Verstehen*”, che significa “comprendere” in tedesco) l’uomo che ha dinanzi a sé, ma deve “accontentarsi” della spiegazione (“*Erklären*”, che in tedesco significa “spiegare”) di questo, *rectius* della sua condizione, fisiologica o patologica a seconda della prospettiva, “riducendolo” ad un fenomeno naturale. Più che “prendere in cura” il malato – ammettendo che è l’unico esito assicurabile di una situazione per cui la guarigione definitiva non esiste poiché ad essere “malata” è la “psyché”, intesa come “anima”, come “*res cogitans*”, un terreno non intellegibile né indagabile in quanto appartenente all’inconscio – lo psichiatra inizia a prendersi “cura” di una essere debole, per il quale il medico, personalmente ritengo, inizia a fungere da figura materna o paterna, o per lo meno complice, quasi che il percorso che insieme intraprendono – condividendo, virtualmente per il professionista, la stessa condizione così che il malato si senta in parte sollevato da un peso che non grava più unicamente sulle sue spalle – dia la stura ad una nuova vita, come una sorta di rinascita, questa essendo l’unica e vera panacea. D’altronde, non esiste guarigione per l’oggetto/soggetto – il “malato” – di una scienza psichiatrica, quale quella del “buon” terapeuta, che, attraverso un metodo fenomenologico, proprio di ogni altra – anche dello *ius*, presumo – non può che limitarsi a spiegare, e non comprendere – non sarebbe possibile –, nei suoi nessi causali “inconsci” e nelle sue manifestazioni “morbose”, i quali, come è stato premesso nella parte introduttiva, sono una riproduzione “nel mondo” distorta, riduttiva, di una più grande ed imperscrutabile “essenza”, quella del paziente “alienato”, “lontano” o “allontanato” dal mondo, “fuori da esso” (“*Entfremdung*”, in tedesco “alienazione”), piuttosto che “fuori di senno”, per recuperare il “Sé” abortito. Per concludere, mi rivolgo al lettore lasciandolo con un invito ed

auspicio: tutto ciò che può sembrare generale, astratto, freddo, lontano, come la legge, *rectius* il diritto, lo è, senza troppi giri di parole, ma affonda le sue radici nell'esistenza umana, che è la massima manifestazione e sublimazione dell'energia vitale, la quale "fa vivere" tutto ciò che tocca. Perciò bisogna vivere con entusiasmo, ironia e cercando di innamorarsi di ogni aspetto del vivere. Bisogna essere degli adulti con gli occhi del "fanciullino": bisognerebbe vivere con divertimento o divertirsi vivendo.

“La follia è una condizione umana. In noi la follia esiste ed è presente come lo è la ragione. Il problema è che la società, per dirsi civile, dovrebbe accettare tanto la ragione quanto la follia, invece incarica una scienza, la psichiatria, per tradurre la follia in malattia allo scopo di eliminarla. Il manicomio ha qui la sua ragion d'essere che è poi quella di far diventare razionale l'irrazionale. Quando qualcuno è folle ed entra in manicomio smette di essere folle per trasformarsi in malato. Diventa razionale in quanto malato”.

F. Basaglia, *“Conferenze brasiliane”*, Milano, 1979, p. 34.

BIBLIOGRAFIA

- ARISTOTELE, “*Metafisica*”, IV libro, par. I, Bari, 2018
- AA.VV., “*La contraddizione che noi consente*”, Milano, 2010.
- ANTOLISEI F., “*Manuale di diritto penale, parte generale*”, Milano, 2003.
- ALIGHIERI D., “*La Divina Commedia*”, Inf. c. XVII, vv. 118-120, Bologna, 1993.
- ANTOLISEI F., “*Lo studio analitico del reato*”, in “*Scritti di diritto penale*”, Milano, 1955.
- ANTOLISEI F., “*L’obbligo di impedire l’evento*”, in *Riv. it.*, 1936.
- ANTOLISEI F. “*L’analisi del reato*”, in *Scritti*, Milano, 1955.
- ALTAVILLA E., “*Eccesso colposo*”, in *Noviss. dig. It*, IV, Torino, 1960.
- AZZALI G., “*L’eccesso colposo*”, Milano, 1965.
- ALBEGGIANI F., “*Sport (dir. pen.)*”, XLIII, Milano, 1990.
- ALBEGGIANI F., “*Profili problematici del consenso dell’avente diritto*”, Milano, 1995.
- AA.VV. “*La responsabilità medica*”, a cura di Nicola Todeschini, Milano, 2016.
- AMBROSETTI F., PICCINELLI M., PICCINELLI R., “*La responsabilità nel lavoro medico d’équipe*”, Torino, 2003.
- AMATO S., “*Le dichiarazioni anticipate di trattamento*”, in AA.VV., “*Il Comitato Nazionale per la Bioetica: 1990-2005. Quindici anni di impegno*”, Torino, 2015.
- ALLEGRI G., “*Per una “ragionevole follia”: le pratiche possibili di un nuovo costituzionalismo garantista, in Libertà sospesa. Il trattamento sanitario obbligatorio. Psicologia, psichiatria e diritti*”, Roma, 2012.
- ARGENTERI S., “*Validità del consenso dei pazienti psichiatrici nelle sperimentazioni farmacologiche. Il punto di vista medico e deontologico*”, Pisa, 2005.
- AA. VV., “*Trattato Italiano di Psichiatria*”, Milano, 1993.
- AA.VV., “*La responsabilità medica*”, Milano, 1982.

- AA. VV., *“Problemi di responsabilità sanitaria”*, Milano, 2007.
- AA.VV., *“The Nazi doctors and the Nuremberg code: human rights in human experimentation”*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1992.
- AA.VV., *“Il consenso informato in psichiatria”*, Torino, 1997.
- ARGENTERI S., *“Validità del consenso dei pazienti psichiatrici nelle sperimentazioni farmacologiche. Il punto di vista medico e deontologico”*, Pisa, 2005.
- AA.VV., *“Lo psichiatra italiano”*, Milano, 1997.
- ANCONA L., *“La tutela del malato psichico”*, Roma, 1996.
- BALDUZZI R.- PARIS D., con note, *“Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative”*, in *Foro.it*, 2009.
- BETTIOL G., *“Sul metodo della considerazione unitaria del reato”*, in *Riv.it*, 1938, 513.
- BETTIOL G.- PETTOELLO MANTOVANI L., *“Dir. Pen”*., Padova, 1986.
- BATTAGLINI G., *“Gli elementi del reato nel nuovo cod. pen.”*, in *Annali* 1934, 1089.
- BONUCCI V., *“L’omissione nel sistema giuridico”*, Perugia, 1911.
- BISORI L., *“L’omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997.
- BALDASSARRI A., *“Il danno alla persona”*, Zanichelli, Bologna, 2006.
- BELLAVISTA G., *“Annali del seminario giuridico della Università di Palermo”*, XIX volume, 1966.
- BELLAVISTA G., *“Il problema della colpev.”*, Palermo, 1942.
- BETTIOL G., *“Colpev. Normativa e pena retributiva”*, in *Annali Triestini di Dir. Econ. e Polit.*, 1943.
- BOCHELMANN P., *“Studien zum Täterstrafrecht”*, Berlino, 1934-40.
- BETTIOL G., *“Azione e colpev. nelle teorie dei tipi d’autore”*, in *Riv.it.*, 1942.
- BETTIOL G., *“Sul diritto pen. dell’atteggiamento interiore”*, in *Riv.it.*, 1971.

- BETTIOL G., “*Stato di diritto e Gesinnungsstrafecht*”, in *Indice pen.*, 1973.
- BARATTA A., “*Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*”, Milano, 1963.
- BELLAGAMBA F., “*I problematici confini della categoria delle scrim.*”, Milano, 2007.
- BILANCETTI M., “*La resp. pen. e civ. del medico*”, Padova, 2010.
- A. BALDASSARRI A., “*La responsabilità civile del professionista*”, Milano, 1993.
- BALDASSARRI A., BALDASSARRI S., “*La responsabilità civile del professionista*”, Milano, 1993.
- BALESTRA L., “*Il testamento biologico nell’evoluzione del rapporto medico-paziente*”, in *Fam. Pers. Succ.*, 2006.
- BUSINELLI F., “*Bioetica e diritto privato*”, Milano, 2001.
- BORGNA E., “*Di armonia risuona e di follia*”, Milano, 2012.
- BIRKHOFF J.M., “*Il consenso e la capacità di comprendere del paziente*”, in *La responsabilità professionale dello psichiatra*, Torino, 2006.
- BIGNAMINI A.A., “*Il consenso di chi non può consentire in sperimentazione clinica: etica e Gcp a confronto*”, in *Med. Mor.*, 1999.
- BOMPIANI A., “*Bioetica in medicina*”, Roma, 1996.
- BLAIOTTA R., “*La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*”, in “*Reato colposo e modelli di responsabilità*”, Bologna, 2013.
- BONLINI G., CHIZZINI A., “*L’amministrazione di sostegno*”, Padova, 2007.
- BORGHETTI S. – ERLICHER A., “*Linee guida, vincolo normativo o supporto? Ovvero, l’operatore in bilico tra filo d’Arianna e richiamo del pifferaio magico*”, Milano, 2011.
- BALDUZZI R.- PARIS D., “*Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*”, in “*Persona e danno*”, 2009.
- BUZZONI A., “*Responsabilità medica e sanitaria: la riforma Gelli*”, Assago Milano, 2017.
- CARINGELLA F.- SALERNO A., “*Manuale ragionato di diritto penale*”, Roma, 2019.

- CATTANEO G., *“Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico”*, in Riv. Trim. Dir. proc. Civ., 1957.
- CARNELUTTI F., *“Teoria generale del reato”*, Napoli, 1999.
- CRISCUOLI M., *“Ragionevolezza e “consenso informato” del paziente”*, in Rass. Dir. Civ., 1985.
- CONSO G.-GREVI V.-BARGIS M., *“Compendio di procedura penale”*, Padova, 2018.
- CADOPPI A., *“La distinzione fra reato omissivo proprio ed improprio”*, Rilievi critici , in Studi parmensi, Milano, 1984.
- CARNELUTTI F., *“Illiceità penale dell’omissione”*, in Annali, 1993.
- CARACCIOLI I., *“Omissione (dir. pen.)”*, in Noviss.dig.it.
- CRESPI A., *“Imputabilità”*, in Enc. dir., XX, 1970.
- CENDON P., *“La responsabilità medica”*, Milanofiori Assago, 2016.
- CACACE S., *“Informazione, consenso, rifiuto di cure: (il)liceità del trattamento sanitario e (im)possibile conciliazione fra diritto del paziente e libertà del sanitario”*, in G. COMANDÈ, *“Diritto privato europeo e diritti fondamentali: saggi e ricerche”*, Torino, 2004.
- CONTENTO G., *“Limiti della norma e fattispecie non punibili”*, in Arch. Pen., 1965.
- CAPUTO M., *“Agente modello” e responsabilità per colpa in campo sanitario*, Milano, 2012.
- CENTOZE F., *“La normalità dei disastri tecnologici”*, Milano, 2004.
- CASTRONUOVO D., *“La colpa penale”*, Milano, 2009.
- CIVELLO G., *“Responsabilità medica e rispetto delle “linee-guida”*, in Arch. Pen., 2013.
- CASTRONUOVO D. - RAMPIONI L., *“Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario”*, Milano, 2011.
- CAPUTO M., *“Filo d’Arianna” o “Fluato magico”? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica”*, in Riv. it. Dir. proc. pen., 2012.
- CATANESI R., CARABELLESE F., *“Il consenso nella pratica riabilitativa”*.
- CASTALDO A., *“L’imputazione oggettiva del delitto colposo d’evento”*, Napoli, 1989.

CINGARI F., *“Presupposti e limiti della responsabilità penale dello psichiatra per gli atti etero-aggressivi del paziente”*, in Riv. It. Proc. Pen., 2009.

CUPELLI C., *“La responsabilità penale dello psichiatra”*, Napoli, 2013.

CUPELLI C., *“La responsabilità penale dello psichiatra: nuovi spunti, diverse prospettive, timide aperture”*, in *Diritto penale e processo* n. 3/2017.

C. CUPELLI, *“La colpa dello psichiatra. Rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida”*, in *“Diritto penale contemporaneo”*.

CRISAFULLI V., *“Lezioni di diritto costituzionale”*, Padova, 1993.

DI LANDRO A., *“La colpa negli Stati Uniti e in Italia”*, Torino, 2009.

DODARO G., *“Posizione di garanzia degli operatori dei servizi psichiatrici per la prevenzione dei comportamenti auto o etero-aggressivi del paziente”*, Milano, 2011.

DE CAPRIO L., PRODOMO R., RICCI P., DE PALMA A., BOVE A., *“Consenso informato e decadimento cognitivo”*, in Riv. It. Med. Leg., 1998.

D’ALOIA A., *“Al limite della vita: decidere sulle cure”*, Padova, 2010.

DASSANO F., *“La tutela dell’incapace e l’amministrazione di sostegno”*, Rimini, 2004.

DELL’ACQUA P., *“Persone, malattia mentale e guarigione”*, Milano, 2009.

DE MATTEIS R., *“La malpractice medica”*, in CENDON P., A. BALDASSARRI, *“Il danno alla persona”*, Zanichelli, Bologna, 2006.

DE CUPIS A., *“I diritti della personalità”*, Milano, 1959.

DE MARSICO A., *“Lezioni di diritto penale”*, Napoli, 1937.

DONATI A., *“Consenso informato e responsabilità da prestazione medica”*, in *Rass. dir. civ.*, 2000.

DE MATTEIS R., *“La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile”*, Padova, 1995.

DE CUPIS A., *“Integrità fisica”*, Roma, 1993 e *“I diritti della personalità”*, Milano, 1982.

DE FRANCESCO G. A., *“La violenza sportiva ed i suoi limiti scriminanti”*, in *Riv. it.*, 1983.

- DELOGU T., *“La teoria del delitto sportivo”*, in *Annali*, 1932.
- DONINI M., *“Illecito e colpevolezza”*, Milano, 1991.
- DONINI M., *“Antigiuridicità e giustificazione”*, Milano, 1996.
- DOLCE R., *“Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel dir. pen.”*, Pavia, 1960-61.
- DELITALA G., *“Il fatto”*, Padova, 1930.
- DI GIOVINE O., *“La responsabilità penale del medico:dalle regole ai casi”*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013.
- DI LANDRO A. R., *“Dalle linee guida e dai protocolli all’individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario”*, Torino, 2012.
- DE FRANCESCO G. A., *“L’imputazione della responsabilità penale in campo medico-chirurgico”*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013.
- ENGISCH K., *“Zur Idee der Täterschuld”*, ivi 1942.
- FARNETI A., CUCCI M., SCARPATI S., *“Problemi di responsabilità sanitaria”*, Milano, 2007.
- FORNARI U., *“Trattato di psichiatria forense”*, Milano, 2018.
- FOOT J., *“La Repubblica dei matti”*, Milano, 2014.
- FIORI A., *“La riforma (della riforma) psichiatrica e la responsabilità professionale dello psichiatra”*, Milano, 1982.
- FIANDACA G., *“Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra”*; S. Anzillotti, *“La posizione di garanzia del medico. Uno studio giuridico, bioetico e deontologico”*, Milano, 2013.
- FIANDACA G., *“Il reato commissivo mediante omissione”*, Milano, 1979.
- FORNARI U., *“Trattato di psichiatria forense”*, nonché *“Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori sotto il profilo del rapporto medico-paziente: il problema dell’informazione e della scelta”*, in *“La responsabilità professionale dello psichiatra”*, Torino, 2006.

FIORI A., *“La riforma (della riforma) psichiatrica e la responsabilità professionale dello psichiatra”*, in Riv. It. Med. Leg., 1982.

FORNARI U., *“Il trattamento del malato di mente e la legge 180/78: aspetti psichiatrico-forensi e medico-legali”*, in Riv. It. Med. Leg., 1984.

FIANDACA G., *“Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra”*, in Foro.it, 1988.

FIORI A., *“La medicina delle evidenze e delle scelte sta declinando verso la medicina dell’obbedienza giurisprudenziale?”*, in Riv. it. med. leg., 2007.

FIANDACA G., *“Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva”*, in “Indice penale”, 2006.

FIANDACA G., *“Appunti su causalità e colpa nella responsabilità medica”*, Firenze, 2010.

FIORI A.-MARCHETTI D., *“Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili”*, Milano, 2009.

FIORI A., *“Ripensare il consenso informato”*, Torino, 2003.

FORNARI U., CODA S., IORIO M., *“La valutazione della capacità decisoria in Psichiatria di consultazione”*, Torino, 2003.

FORNARI U., CODA S., *“Il consenso nella pratica psichiatrico-forense”*, Torino, 2003.

FROVA G., SANTOSUOSSO A., *“Situazioni di emergenza e pazienti incapaci”*, Milano, 1996.

FERRACUTI F., *“Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense”*, Milano, 1990.

FORNARI U., *“Trattato di psichiatria forense”*, Torino, 2013.

FORNARI U., *“Quale consenso informato in psichiatria?”*, Torino, 1997.

FORNARI U., *“Aspetti del consenso in psichiatria clinica e forense”*, Torino, 2001.

FORNARI U., *“Il consenso informato in psichiatria”*, Torino, 1997.

FORNARI U.-JOURDAN S., *“La responsabilità professionale dello psichiatra”*, Torino, 2006.

FIANDACA G.-MUSCO E., *“Diritto penale. Parte generale”*, Bologna, 2018.

- FASOLO F., *“Etica e psichiatria. Dal manicomio al territorio”*, Padova, 1994.
- FRATI P., ARCANGELI M., *“Facoltà di curare e autodeterminazione del paziente”*, Torino, 2002.
- FIORI A.- MARCHETTI D., *“Medicina legale della responsabilità medica”*, Milano, 2009.
- FIORI A.-BUZZI B., *“Problemi vecchi e nuovi della professione psichiatrica”*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2008.
- FRESIA V., *“Luci ed ombre del consenso informato”*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1994.
- FRANZONI M., *“Fatti illeciti”*, Bologna, 2004.
- FIORI A., *“Evoluzione del contenzioso per responsabilità medica”*, Milano, 2000.
- FIGLIORE S., *“Diritto penale”*, Napoli, 1993;
- FIANDACA G., *“Considerazioni sulla colpevolezza e prevenzione”*, ivi 1987.
- FIANDACA G.- MUSCO E., *“Diritto penale, Parte speciale. I delitti contro la persona”*, Bologna, 2018
- FORNARI L., *“La posizione di garanzia del medico”*, Milano, 2011.
- GALIMBERTI U., *“Il tramonto dell’Occidente nella lettura di Heidegger e Jaspers”*, Milano, 2005.
- GALIMBERTI U., *“Psichiatria e fenomenologia”*, Milano, 2019.
- GALIMBERTI U., *“L’illusione della libertà”*, conferenza svoltasi presso l’auditorium comunale “Aldo Tundo” (LE), 2016.
- J.W. VON GOETHE, *“Meditazioni sulla natura”*, Prato, 2018.
- GIROLAMI P.– JOURDAN S., *“Lo psichiatra e il suicidio del paziente. Viaggio attraverso le categorie giuridiche delle “obligations de sécurité” e degli “obblighi di protezione”*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2001.
- GARGANI A. *“La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione”*, in *Dir. pen e proc.*, 2004.
- GIUNTA F., *“La responsabilità per omissione nel progetto preliminare di riforma del codice penale”*, Torino, 2006.

- GIUNTA F., *“Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa”*, Padova, 1993.
- GIUNTA, F. *“La legalità della colpa”*, in *Criminalia*, 2008.
- GIUNTA F., *“Il reato colposo nel sistema delle fonti”*, in *Giust. Pen.* , 2012, II.
- GENNARI G., *“La protezione della autonomia del disabile psichico nel compimento di atti di natura personale, con particolare riferimento al consenso informato all’atto medico”*, in *Famiglia*, 2006.
- GIUNTA F., *“Il consenso informato all’atto medico tra i principi costituzionali e implicazioni penalistiche”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001.
- GAZZONI F., *“Manuale di diritto privato”*, Napoli, 2001.
- GIUNTA F., *“Il consenso informato all’atto del medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche”*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001.
- GRISPIGNI F., *“La liceità giuridico-pen. del trattamento medico-chirurgo”*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1914.
- M. GALLO M., *“Eccesso colposo e previsione dell’evento”*, in *Giur. it.*, 1950.
- GROSSO C. F., *“Eccesso colposo”*, in *Enc. giur.*, XII, 1989.
- GROSSO C. F., *“L’errore sulle scriminanti”*, Milano, 1961;
- GROSSO C. F., *“Cause di giust.”*, in *Enc. giur.*, VI, 1988.
- GREGORI G., *“Adeguatezza sociale e teoria del reato”*, Padova, 1969.
- GALLAS W., *“Pflichtenkollisionem als Schuldausschließungsgrund”*, in *Festschrift Mezger*, 1954.
- GALLO M., *“Appunti”*, vol. II, parte I, Torino, 2013.
- GRASSO G., *“Orientamenti legislativi in tema di omissivo impedimento dell’evento: il nuovo parag. 13 del cod. pen. Della Repubblica federale tedesca”*, in *Riv. it.*, 1978.
- GRASSO G., *“ Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie”*, Milano, 1983.
- GRISPIGNI F., *“L’omissione nel dir. Pen”*, in *Riv. It.*, 1934.

GALGANO F., “*Contratto e responsabilità contrattuale nell’attività sanitaria*”, in Riv. trim., 1979.

HEGEL, “*Scienza della logica*”, Bari, 2020.

HIPPEL V., “*Deutches Strafecht*”, v. II, 1930.

INTRONA F., “*Responsabilità professionale medica e gestione del rischio*”, in Riv. it. med. leg., 2007.

INTRONA F., “*Problemi interpretativi, pratici e burocratici suscitati dalla legge sui trattamenti sanitari obbligatori dei malati di mente*”, in Riv. it. med. leg., 1980.

IUDICA G.-ZATTI P., “*Linguaggio e regole del diritto privato*”, Padova, 2010.

INTRONA F., “*Consenso informato e rifiuto ragionato. L’informazione deve essere dettagliata o sommaria?*”, in Riv. It. Med. Leg., 1998.

IADECOLA G., “*Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed anatomia della disciplina*”, in Riv. It. Med. Leg., 2007.

IADECOLA G., “*Ancora in tema di rilevanza penale del consenso (e del dissenso) del paziente nel trattamento medico chirurgico*”, in Cass. Pen., 2003.

IADECOLA G., “*Potestà di curare e consenso informato*”, in AA.VV, Milano, 2000.

INTRONA F., “*La responsabilità professionale nell’esercizio delle arti sanitarie*”, Padova, 1955.

IADECOLA G., “*In tema di rilevanza penale – come delitto doloso contro la vita e l’incolumità individuale – del trattamento medico eseguito senza il consenso del paziente*”, in Riv. It. Med. Leg., 2001.

IPPOCRATE, “*Epidemie*”, Firenze, 1999.

JOURDAN S., “*La responsabilità dello psichiatra per le azioni violente compiute dal paziente: prevedibilità dell’evento e possibilità di evitarlo*”, Torino, 2006.

JERVIS G., “*Manuale critico di psichiatria*”, Milano, 1975.

KANT I., “*Critica del giudizio*”, Bari, 2020.

LALLI N., “*Manuale di psichiatria e psicoterapia*”, Napoli, 1999.

- LANOTTE A., ne *“L’obbligo di informazione: adempimento di un “dovere burocratico”?”*, in *“Danno e responsabilità”*, 2006.
- LEONCINI I., *“Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza”*, Torino, 1999.
- MICHELETTI D., *“La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione”*, Pisa, 2009.
- MANACORDA A., *“Responsabilità dello psichiatra per il fatto commesso da infermo di mente”*, in *Foro.it*, 1988.
- MÜLLER- SUUR H., *“Zur Frage der strafrechtlichen Beurteilung von Neurosen”*, 1949.
- MAFFEI A., *“Borderline”*, Cortina Milano, 2008.
- MARIGLIANO A., *“L’amministrazione di sostegno”*, in *“Problemi di responsabilità sanitaria”*, Milano, 2007.
- MORDINI E., *“Psichiatria, deontologia ed etica medica”*, I edizione, Milano, 1997.
- MASOTTI G.-SARTORI T.-GUAITOLI G., *“Il consenso del malato di mente ai trattamenti sanitari”*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992.
- MODUGNO F., *“Trattamenti sanitari non obbligatori e Costituzione (A proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)”*, in *Dir. Soc.*, 1982.
- MODUGNO F., *“I “nuovi diritti” nella Giurisprudenza Costituzionale”*, Torino, 1995.
- MANNA A., *“L’imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle “finzioni giuridiche” alla “terapia sociale”*, Torino, 1997.
- MUSCATELLO V.B., *“Il consenso dell’uomo qualunque (I diritti presi poco sul serio)”*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2003.
- MACCHIARELLI L., ARBARELLO P., DI LUCA N., FEOLA T., *“Medicina Legale”*, Minerva Medica, 2016.
- MANTOVANI F., *“Delitti contro la persona”*, Padova, 1995.
- MANTOVANI F., nella *“Libertà di cura e responsabilità del medico”*, in *Toscana medica*, 1998.
- MANTOVANI F., *“Eserc. Dir. (dir. pen)”*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1996.

MANNA A., *“Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico”*, Milano, 1984.

MANTOVANI F., *“I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero”*, Padova, 1974.

MALLARDI V., *“Le origini del consenso informato”*, in *“Acta Otorhinolaryng”*, Ancona, 2005.

MANTOVANI F., *“La resp. del medico”*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980.

MANTOVANI F., *“Esercizio del dir.”*, in *“Diritto penale. Parte Generale”*, Bologna, 2018.

MARINUCCI G., *“Fatto e scriminanti”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983.

MORSELLI E., *“Analogia”*, in *Indice penale*, 1990.

MAYER M.S., *“Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts”*, Heidelberg, 1923.

MARINI G. -PORTIGLIATTI BARBOS M., *“La capacità di intendere e di volere nel sistema pen. ital.”*, Milano, 1964.

MANTOVANI F., *“Il principio di soggettività”*, *“Diritto penale. Parte Generale”*, Bologna, 2018.

MUSOTTO G., *“Colpev., dolo e colpa”*, Palermo, 1939.

MODUGNO F., *“Diritto pubblico”*, Torino, 2017.

MANTOVANI F., *“L’obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, solidarietà, di libertà e di resp.personale”*, in *Riv. it.*, 2001.

MACCHIARELLI L., ARBARELLO P., DI LUCA N., FEOLA T., *“Medicina Legale”*, Torino, 2005.

MICHELETTI D., *“La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro”*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2011.

MARINUCCI G. e DOLCINI E., *“Corso”*, Milano, 2001.

MANTOVANI F., *“Diritto penale”*, 10^a edizione, Milano, 2019.

MANNA A. *“Considerazioni in tema di consenso presunto”*, in *Giust. pen.*, 1984.

MANNA A., *“Trattamento sanitario “arbitrario”: lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?”*, in *Indice penale*, 2004.

- MUSOTTO G., *“Colpev., dolo e colpa”*, Palermo, 1939.
- MODUGNO F., *“Diritto pubblico”*, Torino, 2017.
- MANTOVANI F., *“Trapianti”*, in Dig. Disc. Priv., Torino, 2003.
- NUVOLONE P., *“Il sistema”*, Padova, 1975.
- NUVOLONE P., *“Le due forme dell’eccesso colposo”*, in Giust. pen., 1949.
- NUVOLONE P., *“La concezione giuridica italiana del colpevole”*, in Riv.it., 1976.
- NUVOLONE P., *“I limiti taciti”*, Padova, 1972
- PIRAS P., *“In culpa sine culpa”*, in www.penalecontemporaneo.it.
- PALAZZO F., *“Causalità e colpa nella responsabilità medica”*, in Cass. Pen., 2010.
- P. PIRAS, *“Rischio suicidario del paziente e rischio penale dello psichiatra”*, in www.penalecontemporaneo.it.
- POSTERARO N., *“La responsabilità del medico nelle prime applicazioni della legge Gelli-Bianco”*, Roma, 2019.
- PATTI S., *“L’amministrazione di sostegno”*, Milano, 2005.
- P. PANCHERI, *“Consenso al trattamento, ma quale consenso?”*, in *“Giornale Italiano di Psicopatologia”*, 1999.
- PELLEGGRI A., *“La tutela dell’infermo psichico nel trattamento sanitario obbligatorio” in condizioni di degenza ospedaliera*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2001.
- PALERMO FABRIS E., *“Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale. Profili problematici del diritto all’autodeterminazione”*, Padova, 2000
- PORTIGLIATTI BARBOS M., *“Diritto di rifiutare le cure”*, in Dig. Disc. Pen., Torino, 1990.
- PARADISO M. *“Il dovere del medico di informare il paziente. Consenso contrattuale e diritti della persona”*, in *“La responsabilità medica”*, Milano, 1982.
- PAONESSA C., *“Obbligo di impedire l’evento e fisiognomica del potere impeditivo”*, in *Criminalia*, 2015.

PORTIGLIATTI BARBOS M., *“Il modulo medico di consenso informato: adempimento giuridico, retorica, finzione burocratica?”*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1998.

PASQUINELLI E., *“La responsabilità medica”*, in P. Cendon, *“Persona e danno”*, Milano, 2004.

PORTIGLIATTI BARBOS M. *“Diritto di rifiutare le cure”*, in *Dig. Disc. Pen.*, volume IV, Torino, 1990.

PALERMO FABRIS E., *“Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale. Profili problematici del diritto all’autodeterminazione”*, Padova, 2000.

PACE A., *“Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale”*, Padova, 2002.

PALERMO FABRIS E., *“Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale. Profili problematici del diritto all’autodeterminazione”*, Padova, 2000.

PACE A., *“Libertà personale (dir. Cost.)”*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1974.

POLVANI M., *“Indicazioni giurisprudenziali e considerazioni critiche sul consenso all’attività medica”*, in *Foro it.*, 1996.

PASCUAL F., *“Platone, maestro di bioetica?”*, in *Med. Mor.*, 2000.

PADOVANI T., *“Alle radici di un dogma: appunti sulle origini dell’antigiuridicità obiettiva”*, in *Riv.it.*, 1938.

PETROCELLI B., *“La illiceità penale della violenza sportiva”*, Padova, 1952.

PETROCELLI B., *“Riesame degli elementi del reato”*, in *“Studi in onore di F. Antolisei”*, v. III.

PAGLIARO A., *“Principi”*, Milano, 1972.

PETROCELLI, B. *“La colpevolezza”*, Napoli, 1962.

PADOVANI T., *“Diritto penale”*, Milano, 2019.

PADOVANI T., *“Appunti sull’evoluzione del concetto di colpevole”*, in *Riv.it.*, 1973.

PETROCELLI B., *“La colpevolezza”*, Padova, 1955.

PADOVANI T., *“La condotta omissiva nel quadro della legittima difesa”*, in *Riv. it.*, 1970.

PADOVANI T., *“Diritto penale”*, Milano, 2018.

- PETROCELLI B., *“Principi”*, Milano, 1964.
- PADOVANI T., *“Dir. Pen.”*, Milano, 2019.
- PETROCELLI B., *“Pericolosità e antigiuridicità”*, in *Riv. dir. pen.* , 1937.
- ROXIN C., *“Gedanken zur Problematik der objektiven Zurechnung im Strafrecht”*, Berlin-New York, 1973;
- ROIATI A., *“Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale”*, Milano, 2012.
- ROMANO M.- STELLA F., *“Ricoveri, dimissioni e trattamento terapeutico dei malati di mente; aspetti penalistici e costituzionali”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973.
- RIZ R., *“Il consenso dell’avente diritto”*, Padova, 1979.
- RODRIGUEZ D., *“Ancora in tema di consenso all’atto medico-chirurgico. Note sulla sentenza del 10 ottobre 1990 della Corte D’Assise di Firenze”*, in *Riv. it. med. leg.*, 1991.
- RIZ R., *“Medico (responsabilità penale del)”*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1999.
- RESCIGNO P., *“Fondamenti e problemi della responsabilità medica”*, in *“La responsabilità medica”*, Milano, 1982.
- RIZ R., *“Il consenso dell’avente diritto”*, Padova, 1979.
- ROMANESE R., *“Il diritto di sanare”*, in *Arch. Antr. Crim.*, 1925.
- RUGGIERO F., *“Il consenso dell’avente diritto nel trattamento medico-chirurgico: prospettive di riforma”*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1996.
- RIZ R., *“Il trattamento medico e le cause di giustificazione”*, Padova, 1975;
- ROCCO A., *“L’oggetto del reato e della tutela giuridica pen.”*, Torino, 1913.
- ROXIN C., *“Considerazioni di politica crim. sul principio di colpev.”*, in *Riv.it.*, 1980.
- RANIERI S., *“Colpevolezza”*, Milano, 1933.
- ROXIN C., *“Antigiuridicità e cause di giustificazione”*, Napoli, 1996.
- RIZ R., *“Lineamenti”*, Padova, 2012.

- RANIERI S., “*Dir. Pen., parte gen.*”, Padova, 1968.
- ROMANO M.- GRASSO G., “*Commentario*”, v. II., , Milano, 2011.
- ROVERA G. G., “*La validità del consenso informato nella persona con disturbi psichici*”, in Fornari, Torino, 1997.
- ROXIN C., “*Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell’illecito penale*”, Napoli, 1996.
- RISICATO L., “*Le linee guida e i nuovi confini di responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*”, in *Giust. Pen.*, 2013, con nota di PIRAS P. – CARBONI A., “*La Cassazione interviene funditus sulle linee guida mediche*”, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013.
- SHOPENHAUER A., “*La volontà nella natura*”, Milano, 2018.
- SEVERINO E., “*Il principio di non contraddizione*”, Milano, 1995
- SACCHETTI E., “*Il consenso informato e le terapie psichiatriche, con particolare riferimento alle psicofarmacoterapie*”.
- SBORRA E., “*La posizione di garanzia del medico*”, Pisa, 2007.
- SEMINARA S., “*La dimensione del corpo nel diritto penale*”, in “*Il governo del corpo*”, in “*Trattato di biodiritto*”, Milano, 2011.
- SGUBBI F., “*Responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento*”, Padova, 1975.
- SCHIAFFO F., “*Le funzioni latenti del sistema penale: l’ospedale psichiatrico giudiziario*”, in *Crit. dir.*, 2012.
- SANTOSUOSSO A., “*A proposito del “living will” e di “advance directives”*: note per il dibattito”, in *Pol. Dir.*, 1990.
- SANTOSUOSSO A., “*Sperimentazioni di farmaci sull’uomo e diritto all’integrità della persona*”, in *Questi. Giust.*, 2002.
- SANTOSUOSSO A., “*Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*”, Milano, 2001.
- SANTOSUOSSO A., “*Il consenso informato. Tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*”, Milano, 1996.

- SANTORO A., *“La definizione del reato colposo”*, in Riv. dir. penit., 1937.
- SANTAMARIA D., *“Lineamenti di una dottrina delle esimenti”*, Napoli, 1961.
- SCHMIDHUÄSER P., *“Gesinnungsmerkmale im Strafrecht”*, Tübingen 1958.
- SPASARI M., *“Diritto criminale e scienza del diritto criminale. Oggetto e metodo della dottrina criminale e della criminologia”*, in Giur.it., 1990, IV, col. 506 ss.
- SABATINI G., *“L’azione dell’incapace d’intendere e di volere”*, in Riv. pen. 1934.
- SCHAFESTEIN H., *“Die Behandlung der Schuldarten in ausländischen Strafrecht seit 1928”*, 1928.
- SANTAMARIA D., *“Colpevolezza”*, in Enc. dir., VII, 1961.
- SEVERINO, *“Il delitto dello sport”*, Napoli, 1930.
- TOMMASI S., *“Consenso informato e disciplina dell’attività medica”*, in Riv. Crit. Dir. Priv., 2003.
- TOLSTOJ L., *“La morte di Ivan Il’ic”*, in “Racconti”, Milano, 1999.
- TORRENTE A.- SCHLESINGER P., *“Manuale di diritto privato”*, Milano, 2015.
- TOSCANO G., *“Informazione, consenso e responsabilità sanitaria”*, Milano, 2006.
- VELLA G., SIRACUSANO A., *“Il consenso informato in psichiatria”*, Roma, 1996.
- VENCHIARUTTI A., *“Nessun ricovero obbligatorio per malattia mentale senza motivazione”*, in Dir. Fam. Pers., 2001, con nota di PELLEGGRI A., *“La tutela dell’infermo psichico nel trattamento sanitario obbligatorio in condizioni di degenza”*.
- VENCHIARUTTI A. *“Obbligo e consenso nel trattamento della sofferenza psichica”*, nota in www.altalex.com del 22 novembre del 2004.
- VALLINI A., ne *“Il valore del rifiuto di cure “non confermabile””*, in Diritto pubblico, 2003.
- VALLINI A., *“Il significato giuridico-penale del previo dissenso verso le cure del paziente in stato di incoscienza”*, in Riv. It. dir. e proc. pen., 1998.
- VALLINI A., ne *“Il valore del rifiuto di cure “non confermabile” dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la bioetica”*, in Dir. Pubbl., 2003.

- VIGNALI C., *“La tutela della salute del minore”*, in Dir. Fam. Pers., 2005.
- VASSALLI G., *“Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico”*, in Arch. Pen., 1973.
- VENCHIARUTTI A. *“Obbligo e consenso nel trattamento della sofferenza psichica”*, in *“I diritti in medicina”*.
- VASSALLI G., *“Agonismo sportivo e norma penale”*, in Riv. dir. sport., 1958.
- VON LISZT F., *“Lehrbuch des deutschen Strafrechts”*, Berlino, 1905.
- VASSALLI G., *“La dottrina italiana dell’antigiuridicità”*, in Jescheck Festschrift, 1985.
- VANNINI O., *“Per un concetto unitario di colpevolezza”*, in Studi senesi, 1926.
- VANNINI O., *“I reati commissivi mediante omissione”*, Roma, 1916.
- VASSALLI F., *“Il fatto negli elementi del reato”*, in Riv.it., 1984.
- VASSALLI F., *“Colpevolezza”*, in Enc. giur., VI, 1988.
- VERGALLO G. M., *“Il rapporto medico-paziente”*, Milano, 2007.
- VENEZIANI P., *“I delitti contro la vita e l’incolumità individuale”*, Padova, 2009.
- VALLINI A., *“La ricostruzione del nesso di causalità nell’attività medica”*, in Medicina e diritto penale, Pisa, 2009.
- VENEZIANI P., *“Regole cautelari “proprie” ed “improprie” ”*, Padova, 2003.
- VIGANÒ F., *“Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice”*, in Riv. It. dir. e proc. pen., 2006.
- VALBONESI C., *“Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell’illecito colposo”*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2013.
- VIGANÒ F., *“Il medico che si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponderà per colpa lieve”*, www.penalecontemporaneo.it.
- VALLINI A., *“L’art. 3 del “decreto Balduzzi” tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità”*, Riv. It. med. Leg., 2013.

WELZEL H., *“Der allgemeine Teil des Strafrechts in seinen Grundzügen”*, Berlin, 1940.

WELZEL H., *“Persönlichkeit und Schuld”*, in ZStW, 1941.

ZANCHETTI M., *“Fra l’incudine e il martello: la responsabilità penale dello psichiatra per il suicidio del paziente”*, in Cass. pen., 2004.

ZATTI P., *“Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)”*, in Nuova giurisprudenza civile e commentata, II, 2000.

ZAMBRANO V., *“Interesse del paziente e responsabilità medica”*, in P. STAZIONE, S. SICA, *“Professioni e responsabilità civile”*, Bologna, 2006.

ZU DOHNA A., *“Die Rechtswidrigkeit”*, Halle, 1905.

INDICE GIURISPRUDENZIALE

- Corte Cost., 07/08/1957, n. 107, in www.cortecostituzionale.it.
- Corte Cost., 04/05/1970, n. 64, in www.cortecostituzionale.it.
- Cass. Pen, VI Sez., 03/07/1973, n. 1660, in www.iusexplorer.it.
- Corte Costituzionale, 22/11/1973, n. 166, in www.giurcost.org.
- Corte. Cost., 24/05/1985, n. 161, in *Foro.it*, 1985.
- Corte Cost., 24/03/1988, n. 364, in www.cortecostituzionale.it.
- Corte Cost., 30/11/1988, n. 1085, in www.cortecostituzionale.it.
- Corte Cost., 22/06/1990, n. 307, in *Foro.It*.
- C. Cost., 31/01/1990, n. 307, in www.cortecostituzionale.it.
- Trib. Trieste, 23 novembre 1990, in *NGCC*, 1993, I, 986.
- Cass. Pen., V Sez., 21/03/1992, n. 5639, in www.personaedanno.it.
- Cass. Civ., III Sez., 25/1/1994, n. 10014, in www.iusexplorer.it.
- Cass.Civ., III Sez., 08/07/1994, n. 6464, in *Rass. Dir. Civ.*,1996.
- Corte Cost., 28/07/1995, n. 416, in www.giurcost.org.
- C. Cost., 11/06/1996, n. 238, in www.cortecostituzionale.it.
- Cass. Civ., III Sez., 15/01/1997, n. 364, in www.iusexplorer.it.
- Cass. Civ., 1 marzo 1998, sez. III, n. 2144, in *Foro Italiano*.
- Cass. Civ., III Sez., 22/01/1999, n. 589, in www.camera.it.
- Cass. Civ., 15/11/1999, n. 12621, in *Foro.it*, 2000.
- Cass. Civ., III Sez., 22/01/1999, n. 589, in www.cortedicassazione.it.
- Cass. Civ., n. 589 del 1999, in *Danno e Responsabilità*, 1999.

Cass. Pen., IV Sez., 11/07/2001, n. 35822, in *Cass. pen.*, 2002.

Cass. Pen., IV Sez., 09/03/2001, n. 585, in www.cortedicassazione.it.

Cass. Civ., III Sez., 23/05/2001, n. 7027, in www.personaedanno.it.

Cass. Pen., SS.UU. , 11/09/2002, n. 30328, in www.cortedicassazione.it.

Cass. Pen., IV Sez., 29/05/2002, n. 528, in *Studium Juris*, 2003.

Cass. Pen., I Sez., 29/05 - 11/07 del 2002, n. 26446, in www.iusexplorer.it.

Corte Cost., 21/05/2002, n. 282, in www.cortecostituzionale.it.

Cass. Civ., Sez. III, 12/09/2003, n. 20904, in www.cortedicassazione.it.

Tribunale di Chieti, n. 1139/2003, in www.iusexplorer.it

Cass. Civ., Sez. III, 23 settembre 2004, n. 19133, in www.cortedicassazione.it.

Cass. Civ., Sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400, in www.cortedicassazione.it.

Cass. Civ., III Sez., 30/07/2004, n. 14638, in www.personaedanno.it.

Trib. Torino, 24 maggio 2004, in www.personaedanno.it.

Trib. Modena, decreto 15 settembre 2004, in www.iusexplorer.it

Cass. Pen, IV Sez., 05/07/2004, n. 36805, in www.cortedicassazione.it.

Cass. Civ., III Sez, 28/05/2004, n. 10297, in www.cortedicassazione.it.

Cass. Pen., 12/01 – 12/04 del 2005, n. 13241, in “*Guida al diritto*”, de “*Il Sole 24 Ore*”, del 22/10/2005.

Cass. Civ., sez. III, 18 aprile 2005, n. 7997.

Cass. Pen., Sez. IV, 18 maggio 2005, n. 18568, in *Riv. Pen.*, 2006.

Trib. Modena, 15 settembre 2005, in *Fam. Dir.*, 2005.

Trib. Venezia, Sez. III, 19 dicembre 2005, in “*RC*”, 2007.

Trib. Milano, 25 febbraio 2005, in www.iusexplorer.it.

Trib. Cagliari, 9 luglio 2005, in www.personaedanno.it.

Trib. Venezia, 26 settembre – 19 dicembre 2005, in www.iusexplorer.it

Cass. Pen., IV Sez., 03/11/2005, n. 39934, in www.dirittoegiustizia.it.

Cass. Civ., Sez. III, 16 giugno del 2005, n. 12965, in *GC*, 2006.

Cass. Pen., SS.UU., 25/01/2005, n. 9163, in www.salvisjuribus.it.

Cass. Pen., Sez. IV, 12 aprile 2005, n. 13241, in *Gdir*, 2005.

Cass. Civ., SS. UU., 28 luglio 2005, n. 15781, in *Nuova Giur. Civ.*, 2006, I, 828.

Trib. Genova, 12 maggio 2006, in www.iusexplorer.it

Corte Costituzionale, 02/05/2006, n. 253, www.cortecostituzionale.it.

Cass. Civ., III Sez., 14/03/2006, n. 5444 in www.personaedanno.it.

Cass. Civ., III Sez., 19/05/2006, n. 11755, in www.personaedanno.it.

Trib. Genova, 10/01/2006, in *Foro.it*.

App. Roma, 27 marzo 2007, in www.diritto-sanitario.net.

Cass. Civ. Sez. I, 04/10/2007, n. 21748, in www.dirittoegiustizia.it.

Corte cost., 19 gennaio 2007, n. 4, in www.giurcost.org.

Cass. Pen., Sez. Unite, 05/06/2007, n. 21832, in www.iusexplorer.it.

Corte Cost., 24/07/2007, n. 322, in www.cortecostituzionale.it.

Trib. Milano, 5 aprile 2007, in www.personaedanno.it.

Cass. Civ., Sezione Lavoro, 3 agosto 2007, n. 17066, in *GCM*, 2007.

Cass., Sez. IV, 11 marzo 2008, n. 10795, in www.cortedicassazione.it.

Cass. Pen., SS.UU, 14/02/2008, n. 7208, in www.iusexplorer.it.

Cass. Pen., VI Sez., 16/12/2008, n. 46300, in www.cortedicassazione.it.

Trib. Bologna, Sez. III, 21 marzo 2008, in “*La Responsabilità Civile*”.

Corte Cost., 18/11/2008, n. 438, in www.cortecostituzionale.it.

Cass. Civ., SS.UU., 11/01/2008, n. 577, in www.cortedicassazione.it.

Cass. Civ., Sez. III, 20 giugno del 2008, n. 16803, nel *Massimario di Giustizia Civile*.

Tribunale Reggio Emilia, Sez. II, 28 gennaio 2008, in www.iusexplorer.it.

Cass. Civ., sez III, 11/05/2009, n. 10743, in *Nuova Giur. Civ.*

Cass. Civ., Sez. III, 11/05/2009, n.10743, in *Nuova Giur. Civ.*

Cass. Pen., Sez. IV, 17/12/2009, n. 48272, in www.iusexplorer.it.

Corte Cost., 11/03/2009, n. 140, in www.cortecostituzionale.it.

Cass. Pen., IV Sez., 05/06/2009, n. 23604, in *Cass. pen.*, 2011.

Cass. Pen., II Sez., 14/10/2009, n. 41717, in www.giurisprudenzapenale.com.

Corte Cost., 04/05/2009, n. 140, in www.cortecostituzionale.it.

Cass. Civ., sez. III, 11/02/2009, n. 3357, in www.cortedicassazione.it.

Trib. Brindisi Fasano, 10 febbraio 2010, in www.iusexplorer.it.

Cass. Civ., Sez. III, 25 maggio 2010, n. 12801, in *Diritto & Giustizia*.

Cass. Pen., IV Sez., 20/04/2010, n. 31964, in www.tribmin.milano.giustizia.it.

Cass. Pen., VI Sez., 08/03/2010, n. 12420, in www.iusexplorer.it.

Cass. Civ., III Sez., 12/02/2010, n. 3353, in www.cortedicassazione.it.

Cass. Civ., III Sez., 21/07/2011, n. 15991, in www.personaedanno.it.

Cass. Pen., Sez. I., 22/06/2011, n. 25153, in www.iusexplorer.it.

Cass. Pen., IV Sez., 13/01/2011, n. 13746, in *Cass. pen.*, 2011.

Cass. Pen., IV Sez. 01/02/2012, n. 4391, in www.neldiritto.it.

Corte Pen., Sezione IV, 20/02/2012, n. 6744, in www.iusexplorer.it.

Cass. Civ., Sez. III, 9 ottobre 2012, n. 17143, in www.cortedicassazione.it.

Cass. Civ., Sez. III, 8 maggio 2012, n. 6914, in www.dannoallapersona.it.

Trib. Milano, Sez. IX penale, 21/03/2013, n. 124, www.gazzettaufficiale.it.

Tribunale di Arezzo, 14 febbraio 2013, in www.iusexplorer.it.

Cass. Pen., IV Sez., 29/01/2013, n. 16273, in www.iusexplorer.it.

Trib. Vallo della Lucania, 27/04/2013, in “*Diritto penale contemporaneo*”.

Cass. Civ., VI Sez., 17/04/2014, n. 8940, in www.iusexplorer.it.

Trib. Firenze, sez. II, 9 giugno del 2014, in www.iusexplorer.it.

Cass. Civ., III Sez., 20/10/2014, n. 22222, in www.cortedicassazione.it.

Corte di Appello Roma, sez. III, 11 marzo 2015, n. 1667.

Cass. Pen., Sez. III, 29/01/2015, n. 14960, in www.iusexplorer.it.

Cass. Civ., Sez. III, 08/11/2016, n. 22639, in *Foro.it*.

Cass. Pen., V Sez., 14/07/2016, n. 48001, in *Cass. pen.*, 2017.

Cass. Pen., Sez. IV, 06/06/2016, n. 23283, in www.iusexplorer.it.

Cass. Civ., Sez. III, 03/05/2016, n. 8643, in www.neldiritto.it.

Cass. Pen., Sez. IV, 04/02/2016, n. 41766, in *CED Cass. pen.*, 2016.

Cass. Pen., IV Sez., 14/07/2016, n. 40036, in www.cortedicassazione.it.

Cass. Civ., Sez. III, 22/02/2017, n. 30922, in www.cortedicassazione.it.

Trib. Nocera Inferiore, Sez. II, 14 marzo 2017, in www.iusexplorer.it.

Cass. Pen., 12 giugno 2017, n. 29053, in www.cortedicassazione.it.

Cass. Pen., IV Sez., 21/09/2017, n. 43476, su www.cortedicassazione.it.

Cass. Pen., IV Sez., 31/10/2017, n. 50078, in www.cortedicassazione.it.

Cass. Pen., IV Sez., 20/04/2017, n. 28187, in www.cortedicassazione.it.

Cass. Civ., sez. III, 05/07/2017, n. 16508, in www.cortedicassazione.it.

Cass. Pen., IV Sez., 11/07/2017, n. 33770, in www.cortedicassazione.it.

Tribunale di Milano, del 21 giugno 2017, n. 6919, in www.rivistaresponsabilitamedica.it.

Tribunale Milano, 21 giugno 2018, in www.rivistaresponsabilitamedica.it.

Cass. Civ., Sez. III, 15/02/2018, n. 3704, in www.cortedicassazione.it.

Cass. Civ., SS.UU., 13/06/2018, n. 15449, in www.giurisprudenzapenale.com.

Cass. Pen., IV Sez., 22/02/2018, n. 8770, in www.personaedanno.it

Cass. Civ., III Sez., 25/09/2019, n. 1578, in www.iusexplorer.it.

Cass. Pen., V Sez., 16/08/2019, n. 36143, in *Cass. pen.*, 2009.

Cass. Civ., Sez. III, 19/06/2020, n. 11112, in www.altalex.com.