

43. Elemento psicologico del reato.

Il delitto:

è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o 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.

La distinzione tra reato doloso e reato colposo, stabilita da questo articolo per i delitti, si applica altresì alle contravvenzioni, ogni qualvolta per queste la legge penale faccia dipendere da tale distinzione un qualsiasi effetto giuridico [584].

Sommario: 1. Accertamento della colpa: prevedibilità dell'evento dannoso; 2. Colpa professionale medica singola o d'équipe (e consenso informato); 3. Contagio da AIDS: omicidio colposo e/o lesioni gravissime; 4. Dolo alternativo; 5. Dolo colpito in itinere dall'errore; 6. Dolo d'impeto; 7. Dolo diretto: lancio di sassi dal cavalcavia; 8. Dolo eventuale (e colpa cosciente); 9. Dolo generico e specifico; 10. Dolo intenzionale; 11. Elemento soggettivo dell'omicidio preterintenzionale: contrasto tra dolo misto a colpa o dolo di percosse o lesioni; 12. Omicidio preterintenzionale e morte di persona diversa da quella che si intendeva offendere (aberratio ictus); 13. Preterintenzione: natura giuridica (dolo misto a responsabilità oggettiva); 14. Segue: natura giuridica (dolo misto a colpa); 15. Segue: natura giuridica (dolo misto a responsabilità oggettiva); 16. Segue: presupposti; 17. Prevedibilità dell'evento; 18. Principio dell'affidamento; 19. Reati omissivi; 20. Responsabilità nella circolazione stradale; 21. Teoria della colpa in concreto.

1. Accertamento della colpa: prevedibilità dell'evento dannoso, evitabilità, causalità

■ Ai fini dell'elemento soggettivo della colpa, per potere formalizzare l'addebito colposo, non basta soffermare l'attenzione sulla violazione della regola cautelare, ma è necessario verificare che questa sia diretta ad evitare proprio il tipo di evento dannoso verificatosi. Diversamente l'agente verrebbe punito per la mera infrazione anche se la regola cautelare aveva tutt'altro scopo, cioè verrebbe sanzionato il mero versarsi in re illicita con la previsione di una sorta di responsabilità oggettiva. A tal fine occorre procedere a verificare la cosiddetta "concretizzazione del rischio" (o "realizzazione del rischio"), che si pone sul versante oggettivo della colpevolezza, come la prevedibilità dell'evento dannoso si pone invece più specificamente sul versante soggettivo. La relativa valutazione deve prendere in considerazione l'evento in concreto verificatosi ed è diretta ad accertare se questa conseguenza dell'agire rientrava tra gli eventi che la regola cautelare inosservata mirava a prevenire. In proposito, dovendosi precisare che la prevedibilità dell'evento dannoso va accertata con criteri ex ante e va valutata dal punto di vista dell'agente (non di quello che ha concretamente agito, ma dell'agente modello) per verificare se era prevedibile che la sua condotta avrebbe potuto provocare quell'evento; il criterio della concretizzazione del rischio, invece, è una valutazione ex post che consente di avere conferma, o meno, che quel tipo di evento effettivamente verificatosi rientrasse tra quelli che la regola cautelare mirava a prevenire, tenendo conto che esistono regole cautelari per così dire "aperte" nelle quali la regola è dettata sul presupposto che esistano o possano esistere conseguenze dannose non ancora conosciute, ed altre "rigide", che prendono in considerazione solo uno specifico e determinato evento. A ben vedere, prevedibilità e concretizzazione riguardano il medesimo problema, anche se da punti di vista differenti. La prevedibilità viene valutata ex ante facendo riferimento all'agente modello, mentre la concretizzazione del rischio richiede una verifica ex post sul rapporto tra evento concreto e norma cautelare: in altri termini, mentre la prevedibilità è prevedibilità in astratto, la concretizzazione è prevedibilità in concreto, trattandosi di una prevedibilità oggettiva che va verificata a posteriori. *Cass. pen., sez. IV, 6 febbraio 2007, n. 4675.*

■ Nell'ipotesi in cui, all'uscita da scuola, un bambino muoia perché investito da un autobus, il preside dell'istituto scolastico è chiamato a rispondere penalmente, in virtù della posizione di garanzia che la legge gli riconosce. Difatti, i poteri direttivi a questi attribuiti impongono di adottare tutte le cautele suggerite dalla ordinaria prudenza, in relazione alle specifiche circostanze di tempo e di luogo, a tutela dell'incolumità dei ragazzi che gli sono affidati non solo durante lo svolgimento delle normali attività scolastiche, ossia in una situazione che rientra tipicamente nel dovere di vigilanza, ma altresì all'uscita da scuola, quando i ragazzi hanno varcato i confini dell'istituto e siano in procinto di salire sui mezzi di trasporto che li condurranno alle rispettive abitazioni. *Cass. pen., sez. IV, 7 maggio 2010, n. 17574.*

■ In tema di reato colposo, l'applicazione del principio di colpevolezza esclude qualsivoglia automatico addebito di responsabilità, a carico di chi ricopre la posizione di garanzia, imponendo la verifica in concreto della violazione da parte di tale soggetto della regola cautelare, generica o specifica, e della prevedibilità ed

evitabilità dell'evento dannoso che la regola cautelare mira a prevenire, la c.d. "concretizzazione" del rischio. *Cass. pen., sez. IV, 7 aprile 2011, n. 13775.*

■ Va affermata la irrilevanza, sotto il profilo soggettivo, della mancata previsione da parte del soggetto agente del possibile verificarsi del fallimento come conseguenza della condotta distrattiva, e perfino della sua sicura convinzione della non fallibilità, posto che, ai fini della configurabilità del dolo, che è generico, è sufficiente la consapevole volontà di imprimere al patrimonio sociale una destinazione diversa da quella di garanzia delle obbligazioni contratte. *Cass. pen., sez. V, 21 marzo 2016, n. 11905.*

■ Si afferma la configurabilità, anche nell'ambito dei reati colposi, della c.d. "causalità psichica", da ricostruirsi sulla base di consolidate e riscontrabili massime di esperienza, cui deve necessariamente far seguito il rigoroso e puntuale riscontro critico fornito dalle evidenze probatorie e dalle contingenze del caso concreto. (Nella specie la Corte ha riconosciuto un nesso di derivazione causale tra le informazioni, imprecise e contraddittorie, sulla pericolosità e sui futuri sviluppi dell'attività sismica fornite da uno degli imputati alla cittadinanza e la decisione di alcune delle vittime di rimanere in casa nonostante il protrarsi delle scosse sismiche). *Cass. pen., sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478.*

■ In tema di reati colposi, l'elemento soggettivo del reato richiede non soltanto che l'evento dannoso sia prevedibile ma, altresì, che sia evitabile dall'agente con l'adozione delle regole cautelari idonee a tal fine (cosiddetto comportamento alternativo lecito), non potendo essere soggettivamente ascritto per colpa un evento che, con valutazione ex ante, non avrebbe potuto comunque essere evitato. L'art. 43 cod. pen., affermando che per aversi colpa l'evento deve essere stato causato da una condotta soggettivamente riprovevole, implica che l'indicato nesso eziologico non si configura quando una condotta appropriata (il comportamento alternativo lecito) non avrebbe comunque evitato l'evento. Si ritiene, infatti, che non sarebbe razionale pretendere, fondando poi su di esso un giudizio di rimproverabilità, un comportamento che sarebbe comunque inidoneo ad evitare il risultato anti-giuridico. *Cass. pen., sez. IV, 21 gennaio 2019, n. 2592.*

■ La colpa si configura quando la cautela richiesta avrebbe avuto significative probabilità di successo; quando cioè l'evento avrebbe potuto essere ragionevolmente evitato, configurandosi così la c.d. "causalità della colpa". La violazione della regola cautelare e la sussistenza del nesso di condizionamento tra la condotta e l'evento non sono, pertanto, sufficienti per fondare l'affermazione di responsabilità, giacché occorre anche chiedersi, necessariamente, se l'evento derivazione rappresenti o no la "concretizzazione" del rischio che la regola stessa mirava a prevenire. *Cass. pen., sez. IV, 21 gennaio 2019, n. 2592.*

■ Il modello di agente non coincide con colui che, assiomaticamente, percepisce come prevedibile un evento in base all'esperienza del passato ed è, dunque, ancorato a dati statistici; né con colui che si affida costantemente a dati di natura tecnica in grado di attribuire ad ogni attività un grado di maggiore o minore pericolosità. Non bisogna, infatti, confondere il giudizio di prevedibilità che fonda la colpa con quello relativo alla oggettiva probabilità o possibilità che un evento si produca in conseguenza di un determinato fattore causale, giacché il primo attiene alla valutazione della colpa in relazione al rischio che concretamente la regola cautelare tende ad evitare, il secondo attiene al nesso di causa. *Cass. pen., sez. IV, 1 marzo 2019, n. 8945.*

2. Colpa professionale medica singola o d'équipe (e consenso informato)

■ Il medico non può intervenire senza il consenso o malgrado il dissenso del paziente. Per legittimare il trattamento terapeutico, il "consenso" deve essere "informato", cioè espresso a seguito di una informazione completa, da parte del medico, dei possibili effetti negativi della terapia o dell'intervento chirurgico, con le possibili controindicazioni e l'indicazione della gravità degli effetti del trattamento. *Cass. pen., sez. IV, 30 settembre 2008, n. 37077.*

■ Pur se l'attività medico-chirurgica, per essere legittima, presuppone il "consenso informato" del paziente, è da escludere che dall'intervento effettuato in assenza di consenso o con un consenso prestato in modo invalido possa di norma farsi discendere la responsabilità del medico a titolo di lesioni volontarie ovvero, in caso di esito letale, a titolo di omicidio preterintenzionale. Ciò in quanto il sanitario, salve situazioni anomale e distorte, si trova ad agire, magari erroneamente, ma pur sempre con una finalità curativa, che è concettualmente incompatibile con il dolo delle lesioni. *Cass. pen., sez. IV, 30 settembre 2008, n. 37077.*

■ La mancanza di un consenso non sufficientemente informato non può costituire fondamento di una responsabilità colposa, poiché la disciplina del consenso informato non può essere inquadrata nell'ambito delle regole cautelari. Ciò in quanto l'acquisizione del consenso non è preordinata ad evitare fatti dannosi prevedibili (ed evitabili), ma a tutelare il diritto alla salute. In un unico caso la mancata acquisizione del consenso potrebbe avere rilevanza come elemento della colpa; allorché, la mancata sollecitazione di un consenso informato abbia determinato l'impossibilità per il medico di conoscere le reali condizioni del paziente e di acquisire un'anamnesi completa (si pensi, alla mancata conoscenza di un'allergia ad un farmaco o altre situazioni che abbiano interagito negativamente con il trattamento). *Cass. pen., sez. IV, 30 settembre 2008, n. 37077.*

■ Il medico chiamato per un consulto ha gli stessi doveri professionali del medico che ha in carico il paziente presso un determinato reparto e non può esimersi da responsabilità adducendo il fatto di essere stato chiamato per una specifica situazione. Nella specie, secondo il ragionamento della Corte di legittimità, risultava quindi evidente l'inosservanza colposa ai propri doveri professionali da parte dei sanitari imputati, i quali avevano trascurato di coniugare il proprio con l'altrui, successivo intervento, allontanandosi senza attendere

l'intervento dello specialista, e avevano del resto, anche al di là degli stessi principi della responsabilità di équipe, direttamente omissa una prestazione terapeutica (intubazione o tracheotomia) rientrante nelle proprie competenze professionali *Cass. pen., sez. IV, 26 gennaio 2010, n. 3365*.

■ Nel praticare la professione medica il medico deve, con scienza e coscienza, perseguire un unico fine: la cura del malato, utilizzando i presidi diagnostici e terapeutici di cui al tempo dispone la scienza medica, senza farsi condizionare da esigenze di diversa natura, da disposizioni, considerazioni, valutazioni, direttive che non siano pertinenti rispetto ai compiti affidatigli dalla legge ed alle conseguenti relative responsabilità. Fermo restando il valore di tali regole o protocolli come indicazioni generali riferibili ad un caso astratto, permane comunque per il medico la necessità di valutare specificamente il caso affidato al suo giudizio, di rilevarne ogni particolarità, di adottare le decisioni più opportune, anche discostandosi da quelle regole. La piena autonomia del sanitario nella scelta dei più opportuni presidi diagnostici e terapeutici è, peraltro, prevista nello stesso codice deontologico sanitario. *Cass. pen., sez. IV, 2 marzo 2011, n. 8254*.

■ In tema di responsabilità medica di équipe, nell'indagine causale, da effettuarsi ex post, vengono in rilievo le basi nomologiche note al momento del giudizio, mentre nell'indagine sulla colpa, che si effettua ex ante, dovendosi valutare il comportamento posto in essere dall'agente, ai fini del giudizio di rimproverabilità personale, vengono in rilievo soltanto le basi nomologiche note all'agente nel momento di realizzazione della condotta. *Cass. pen., sez. IV, 26 maggio 2011, n. 21028*.

■ Al medico chirurgo compete la verifica delle condizioni di adeguata preparazione anestesiológica del paziente, nel complesso delle valutazioni da compiersi in vista dell'esecuzione dell'intervento. Sicché, l'apposizione di un sondino naso-gastrico - quale presidio terapeutico indispensabile -, l'omesso differimento dell'intervento chirurgico e la mancanza di altri accorgimenti atti ad evitare l'ingestione di materiale gastroenterico determinano la responsabilità del chirurgo per omissione, anche per le attività più propriamente riconducibili alle competenze del medico anestesista. *Cass. pen., sez. IV, 3 settembre 2012, n. 33615*.

■ Le linee guida pur rappresentando un importante ausilio scientifico, con il quale il medico è tenuto a confrontarsi, non eliminano la sua autonomia nelle scelte terapeutiche, poiché, l'arte medica, mancando per sua stessa natura di protocolli scientifici a base matematica, spesso prospetta diverse pratiche o soluzioni che l'esperienza ha dimostrato efficaci, da scegliere oculatamente in relazione ad una cospicua serie di varianti che, legate al caso specifico, solo il medico nella contingenza della terapia, può apprezzare. Ne consegue le linee guida e i protocolli, proprio in ragione delle peculiarità della attività del medico, che sfugge a regole rigorose e predeterminate, non possono assumere il rango di fonti di regole cautelari codificate, rientranti nel paradigma normativo dell'articolo 43 c.p.. *Cass. pen., sez. IV, 19 settembre 2012, n. 35922*.

■ Versa in colpa - per imperizia, nell'accertamento della malattia, e negligenza, per l'omissione delle indagini necessarie, sia al fine di dissipare dubbi circa la esatta diagnosi del male portato dal paziente, sia per individuare la terapia di urgenza più confacente al caso - il medico il quale, in presenza di sintomatologia idonea a porre una diagnosi differenziale, rimanga arroccato su diagnosi inesatta, benché posta in forte dubbio dalla sintomatologia, dalla anamnesi e dalle altre notizie, comunque, pervenutegli, omettendo così di porre in essere la terapia più profittevole per la salute del paziente. *Cass. pen., sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 1716*.

■ In tema di colpa professionale medica, l'errore diagnostico si configura non solo quando non si riesca ad inquadrare il caso clinico in una patologia nota, ma anche quando si ometta di eseguire o disporre controlli ed accertamenti doverosi da parte di qualsiasi professionista che rivesta nei confronti del paziente una posizione di garanzia ed è quindi destinatario per l'intero dell'obbligo giuridico di impedire l'evento. *Cass. pen., sez. IV, 22 marzo 2013, n. 13542*.

■ Potrebbe pur sempre essere riconosciuta la responsabilità penale del medico per omicidio e lesioni personali che si sia attenuto alle linee guida, ma ciò solo allorché invece avrebbe dovuto discostarsene in ragione della peculiare situazione clinica del malato e questo non abbia fatto per "colpa grave", quando cioè la necessità di discostarsi dalle linee guida era macroscopica, immediatamente riconoscibile da qualunque altro sanitario al posto dell'imputato. È noto che per aversi colpa grave occorre che il medico si sia altamente discostato dallo standard di agire dell'"agente modello", avendo attenzione alle peculiarità oggettive e soggettive del caso concreto. Così, sotto il primo profilo, 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. Così, sotto il profilo "soggettivo", per determinare la misura del rimprovero, bisognerà considerare le specifiche condizioni dell'agente, cosicché, sulla base del principio secondo cui tanto più è adeguato il soggetto all'osservanza della regola tanto maggiore deve ritenersi il grado della colpa. In definitiva si può configurare la "colpa grave" nel caso dell'errore inescusabile, che trova origine o nella mancata applicazione delle cognizioni generali e fondamentali attinenti alla professione (negligenza) o nel difetto di quel minimo di abilità e perizia tecnica nell'uso dei mezzi manuali o strumentali adoperati nell'atto operatorio (imperizia) e che il medico deve essere sicuro di poter gestire correttamente o, infine, nella mancanza di prudenza o di diligenza, che non devono mai difettare in chi esercita la professione sanitaria. *Cass. pen., sez. IV, 6 marzo 2015, n. 9923*.

■ È intervenuta parziale abrogatio criminis realizzata dall'art. 3 legge n. 189 del 2012 in relazione alle ipotesi di omicidio e lesioni colpose connotate da colpa lieve, comporta che nei procedimenti relativi a tali reati, pendenti in sede di merito alla data di entrata in vigore della novella, il giudice, in applicazione dell'art. 2, comma 2 cp deve procedere d'ufficio all'accertamento del grado di colpa, in particolare, verificando se la

condotta tenuta dal sanitario poteva dirsi aderente ad accreditate linee guida. *Cass. pen., sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283.*

■ In tema di colpa medica, deve escludersi che possa invocare esonero da responsabilità il chirurgo che si sia fidato acriticamente della scelta del collega più anziano, pur essendo in possesso delle cognizioni tecniche per coglierne l'erroneità, ed avendo pertanto il dovere di valutarla e, se del caso, contrastarla. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto immune da censure la sentenza che aveva affermato la responsabilità del medico - ginecologo per il decesso di una paziente a seguito di emorragia conseguente a intervento di parto cesareo, per aver omesso di valutare e contrastare, nonostante la assoluta gravità delle condizioni in cui versava la persona offesa, la decisione del collega più anziano di non procedere ad intervento di isterectomia). *Cass. pen., sez. IV, 16 febbraio 2018, n. 7667.*

■ In tema di responsabilità dell' esercente la professione sanitaria, l' art. 590-sexies cod. pen., introdotto dall' art. 6 della legge 8 marzo 2017, n. 24, prevede una causa di non punibilità applicabile ai soli fatti inquadrabili nel paradigma dell' art. 589 o di quello dell' art. 590 cod. pen., e operante nei soli casi in cui l' esercente la professione sanitaria abbia individuato e adottato linee guida adeguate al caso concreto e versi in colpa lieve da imperizia nella fase attuativa delle raccomandazioni previste dalle stesse; la suddetta causa di non punibilità non è applicabile, invece, né ai casi di colpa da imprudenza e da negligenza, né quando l' atto sanitario non sia per nulla governato da linee-guida o da buone pratiche, né quando queste siano individuate e dunque selezionate dall' esercente la professione sanitaria in maniera inadeguata con riferimenti allo specifico caso, né, infine, in caso di colpa grave da imperizia nella fase attuativa delle raccomandazioni previste dalle stesse. *Cass. pen., S.U., 22 febbraio 2018, n. 8770.*

■ In tema di responsabilità dell' esercente la professione sanitaria, le raccomandazioni contenute nelle linee guida definite e pubblicate ai sensi dell' art. 5 della legge 8 marzo 2017, n. 24 - pur rappresentando i parametri precostituiti a cui il giudice deve tendenzialmente attenersi nel valutare l' osservanza degli obblighi di diligenza, prudenza, perizia - non integrano veri e propri precetti cautelari vincolanti, capaci di integrare, in caso di violazione rimproverabile, ipotesi di colpa specifica, data la necessaria elasticità del loro adattamento al caso concreto; ne consegue che, nel caso in cui tali raccomandazioni non siano adeguate rispetto all' obiettivo della migliore cura per lo specifico caso del paziente, l' esercente la professione sanitaria ha il dovere di discostarsene. *Cass. pen., S.U., 22 febbraio 2018, n. 8770.*

■ In tema di responsabilità dell' esercente la professione sanitaria, l' art. 590-sexies cod. pen., introdotto dall' art. 6 della legge 8 marzo 2017, n. 24, prevede una causa di non punibilità applicabile ai soli fatti inquadrabili nel paradigma dell' art. 589 o di quello dell' art. 590 cod. pen., e operante nei soli casi in cui l' esercente la professione sanitaria abbia individuato e adottato linee guida adeguate al caso concreto e versi in colpa lieve da imperizia nella fase attuativa delle raccomandazioni previste dalle stesse; la suddetta causa di non punibilità non è applicabile, invece, né ai casi di colpa da imprudenza e da negligenza, né quando l' atto sanitario non sia per nulla governato da linee-guida o da buone pratiche, né quando queste siano individuate e dunque selezionate dall' esercente la professione sanitaria in maniera inadeguata con riferimenti allo specifico caso, né, infine, in caso di colpa grave da imperizia nella fase attuativa delle raccomandazioni previste dalle stesse. *Cass. pen., S.U., 22 febbraio 2018, n. 8770.*

■ In tema di responsabilità dell' esercente la professione sanitaria, le raccomandazioni contenute nelle linee guida definite e pubblicate ai sensi dell' art. 5 della legge 8 marzo 2017, n. 24 - pur rappresentando i parametri precostituiti a cui il giudice deve tendenzialmente attenersi nel valutare l' osservanza degli obblighi di diligenza, prudenza, perizia - non integrano veri e propri precetti cautelari vincolanti, capaci di integrare, in caso di violazione rimproverabile, ipotesi di colpa specifica, data la necessaria elasticità del loro adattamento al caso concreto; ne consegue che, nel caso in cui tali raccomandazioni non siano adeguate rispetto all' obiettivo della migliore cura per lo specifico caso del paziente, l' esercente la professione sanitaria ha il dovere di discostarsene. *Cass. pen., S.U., 22 febbraio 2018, n. 8770.*

■ La distinzione tra colpa lieve e colpa grave per imperizia, nell' ambito della fase esecutiva delle raccomandazioni contenute nelle linee guida che risultino adeguate al caso di specie, mantiene una sua attuale validità: ciò in quanto la colpa lieve per imperizia esecutiva delimita l' area di irresponsabilità penale del professionista sanitario. *Cass. pen., sez. IV, 8 gennaio 2019, n. 412.*

3. Contagio da AIDS: omicidio colposo e/o lesioni gravissime

■ La condotta del soggetto che, pur consapevole di essere affetto da AIDS, abbia contagiato il coniuge intrattenendo rapporti sessuali senza alcuna precauzione e senza informarlo dei rischi cui poteva andare incontro, sino a determinarne la morte, integra il reato di omicidio colposo aggravato dalla previsione dell' evento e non quello di omicidio volontario. *Cass. pen., sez. I, 3 agosto 2001, n. 30425.*

■ La condotta di chi contagia il proprio partner tacendogli di essere affetto da sindrome da Hiv integra il reato di lesioni personali gravissime con dolo eventuale; sussiste infatti l' elemento psicologico del dolo eventuale quando l' agente, pur non avendo di mira il fatto a rischio, ne accetti - nella proiezione della propria azione verso la realizzazione di un fatto primario - la concreta possibilità del suo verificarsi, in un necessario rapporto eziologico con l' azione medesima. (Nel caso di specie il marito, pur consapevole di essere affetto da HIV, intratteneva rapporti sessuali con la moglie senza alcuna precauzione, cagionandole una malattia, probabilmente insanabile, con pericolo di vita). *Cass. pen., sez. V, 3 ottobre 2012, n. 38388.*

