

Presentazione dell'opera

Antonio Fiorella

L'opera si propone di commentare le principali figure della parte speciale, anche non codicistica, del diritto penale per offrire in un unico volume un quadro delle più importanti materie sul piano applicativo; cercando di fornire al lettore un'utile analisi con prevalente ispirazione problematica, critica e ricostruttiva.

L'impostazione dell'opera esclude cioè un appiattimento dell'esposizione sulle pigre prassi applicative; promuovendo un confronto con la dottrina e la giurisprudenza ordinaria e costituzionale.

Nel trattare le fattispecie preminenti, i contributi si preoccupano di sviluppare le premesse e le conclusioni relative ai particolari settori di disciplina, dando conto anche delle ulteriori figure appartenenti alla medesima classe o categoria di reati. In altri termini gli autori, secondo la particolare sensibilità di ognuno, in una prospettiva "antologica", curano di trattare le figure principali di reato inquadrando in una cornice che mira ad illustrare in maniera significativa il senso complessivo della disciplina settoriale. Anche sotto questo profilo il volume intende dar risalto alle "strutture" della parte speciale; ma con un forte richiamo ai principi generali nella interpretazione delle singole fattispecie. Con ciò volendo evitare l'atteggiamento di chi, dopo aver segnalato con attenzione ed energia il valore dei principi nella parte generale del diritto penale, quasi li dimentica nella trattazione della parte speciale. Talora dando l'impressione di una ritrosia nel trarre le naturali conseguenze di quanto proclamato in via generale; quasi che i significati di parte speciale si imponessero di per sé non richiedendo la massima sensibilità nel raccordarsi con i pilastri della struttura generale del reato. I principi rimarrebbero in definitiva oggetto di vane esercitazioni su fattispecie di un mondo delle pure idee, senza misurarsi con la ostica realtà applicativa dei singoli casi.

Lo scopo del volume è in particolare quello di porre in evidenza la "continuità" esistente tra la parte (generale e) speciale del codice e la legislazione complementare (con elaborazione dei rapporti tra fattispecie madri e fattispecie collegate) per segnalare i raccordi più significativi dell'intero sistema.

I

I reati contro la persona

Capitolo 1

I reati contro la vita

Isabella Leoncini

SOMMARIO: Sezione I. *Il bene tutelato, il soggetto passivo e l'evento tipico.* – Sezione II. *L'omicidio doloso e colposo.* – Sezione III. *Altre fattispecie di omicidio.* – Sezione IV. *I reati contro la vita con la partecipazione della vittima.*

Sezione I

Il bene tutelato, il soggetto passivo e l'evento tipico

SOMMARIO: 1. La “vita umana” come bene supremo. – 2. La nozione di “persona umana”. – 3. Il “diritto alla vita” e la tutela affievolita della vita prenatale. – 4. L'evento morte. – 5. La questione della “disponibilità” o “indisponibilità” della vita. – 6. L'intangibilità della vita umana.

1. La “vita umana” come bene supremo

La vita umana è il primo tra i beni altamente personali, preesistenti a qualunque riconoscimento giuridico, in quanto attinenti alla *persona come tale*. Pur non trovando espressa menzione nella Costituzione italiana (a differenza che in altre, es.: art. 2, comma 2 Cost. tedesca, art. 15 Cost. spagnola, art. 24, comma 1 Cost. portoghese), la vita deve essere considerata il *bene giuridico primario in assoluto* nella gerarchia costituzionale, necessariamente *consacrato per implicito* e non soltanto indirettamente desumibile da disposizioni costituzionali richiamanti altri beni contigui (es.: diritto alla salute) o dettate a fini particolari (es.: divieto della pena di morte) o da norme ordinarie (es.: sui delitti contro la vita individuale). Più precisamente, il fondamentale *principio personalistico*, ex art. 2 Cost., sancendo la centralità e il primato della persona umana su ogni altro valore, impone all'ordinamento il dovere basilare della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, e tra questi la vita assurge al rango più elevato, trattandosi: a) del *bene-presupposto* per eccellenza, prioritario, sul piano naturalistico e logico, in quanto imprescindibile per il godimento di o-

gni altro diritto (anche quelli afferenti agli altri beni-presupposto: integrità fisica e *status libertatis*; v. più ampiamente: *infra*, § 4); b) del *bene-fine* per eccellenza, preminente sugli altri beni-fine personali, rispetto ai quali i beni-mezzo assumono mero carattere strumentale¹. In una prospettiva costituzionalmente orientata, pertanto, la vita umana non può mai risultare subordinata ad alcun altro interesse, individuale, statale o collettivo, secondo logiche utilitaristiche. Sotto questo profilo, l'organizzazione della parte speciale del codice penale secondo la c.d. *progressione discendente*, dai delitti contro lo stato a quelli contro i beni individuali, pur bisognosa di radicale rielaborazione per ragioni soprattutto simboliche, non incide sulla gerarchia di valore tra interessi statali o collettivi e interessi individuali, da vagliarsi, invece, alla luce dell'attuale sistema costituzionale.

In linea con la sua natura di bene personale primario, la vita si colloca altresì al vertice dei diritti umani contemplati dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (art. 3), dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che ne impone espressamente agli stati aderenti la protezione legale, anche mediante norme di natura preventiva (art. 2), in quanto "*primo dei diritti dell'uomo*", "*valore supremo nella scala dei diritti umani*" (CEDU, sent. 22.3.2001, Streletz, Kessler e Krenz c. Germania, §§ 87 e 94) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 2).

Sebbene tradizionalmente si tenda in linea di principio a negare l'esistenza di obblighi costituzionali di criminalizzazione, lo strumento della pena criminale appare in linea di massima indispensabile all'efficace salvaguardia della vita umana, imposta dall'art. 2 Cost. E, in effetti, le incriminazioni poste a presidio della vita si atteggiano quali paradigmatici *delitti naturali*, appartenenti alle c.d. *costanti* del diritto penale. Inoltre, al presente, l'obbligo per gli stati membri della criminalizzazione della causazione dolosa della morte di un uomo è esplicitamente disposto dalla Corte europea (CEDU, sent. 3.4.2001, Keenan c. Regno Unito, § 88), che invece ammette la possibile adeguatezza di mezzi di tutela diversi in ipotesi di causazione colposa, e segnatamente della tutela risarcitoria civile con riferimento alla responsabilità medica (sent. 17.1.2002, Calvelli e Ciglio c. Italia, § 51; sent. 20.11.2004, Öneriyildiz c. Turchia, § 92), pur confermando che lo strumento penale resta il più opportuno nei casi di colpa grave in relazione alle attività pericolose (sent. 20.11.2004, cit., § 93. Sul problema del possibile affievolimento della tutela della vita in fase prenatale e terminale, v. *infra*, § 3 e Sez. IV, § 3).

Nel nostro ordinamento la vita umana trova tutela diretta o indiretta in un'ampia serie di norme incriminatrici monoffensive e plurioffensive, dislocate in vari titoli della parte speciale del codice penale, quale oggettività giuridica esclusiva (es.: art. 575) o accanto ad altri beni giuridici eterogenei (es.: patrimonio nell'art. 630) o a essa contigui o strumentali (es.: sicurezza del lavoro nell'art. 437), nonché nella legislazione penale *extra codicem* (es.: art. 18, l. n.

¹ Per la vita come bene-presupposto, v., per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la persona*, Padova, 2016, 93; per la distinzione tra beni-mezzo e beni-fine, ID., *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2011, 201.

194/1978). In particolare, i “delitti contro la vita”, di cui al capo I del titolo XII del libro II del codice penale (artt. 575, 576, 577, 578, 579, 580, 584, 586, 589), sono posti a presidio del bene *vita umana* nella sua *dimensione di bene singolo*, essendo diretti a colpire aggressioni alla vita di una o più persone determinate, mentre la vita è tutelata in una dimensione trans-individuale, accanto all'integrità fisica e alla salute, dalle norme del titolo VI sui delitti contro l'incolumità collettiva, in quanto le condotte ivi previste, per la diffusività del pericolo, sono potenzialmente idonee a mettere a repentaglio la vita di un numero indeterminato di persone².

La tutela penale della vita umana copre, in virtù della formulazione dei delitti di omicidio (nonché di altre svariate fattispecie con evento di morte), secondo il paradigma del reato a *forma libera* e la loro previsione in *tutte le forme della colpevolezza*, ogni possibile modalità di aggressione al bene tutelato. La massima estensione nell'ordinamento positivo della protezione penale della vita umana ne conferma, a livello di legge ordinaria, il valore ineguagliabile, essendo notoriamente il grado di frammentarietà della tutela inversamente proporzionale al rango del bene protetto.

Alla luce del principio personalistico sancito dal Costituzione, la vita umana come oggetto della tutela penale va intesa nella sua dimensione *individuale* di bene della persona, a prescindere da ogni risvolto utilitaristico a vantaggio della collettività o dello stato³.

Nell'ordinamento vigente, peraltro, i delitti contro la vita risultano informati a un modello di *tutela rigorosamente oggettiva*, che prescinde dall'eventuale rinuncia al bene del titolare (cfr. artt. 579 e 580; sul ridimensionamento dell'originaria prospettiva di tutela a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 219/2017 e del recente intervento della Corte cost. in materia di suicidio assistito, v. *infra*, Sez. IV).

2. La nozione di “*persona umana*”

La precisa individuazione dei contorni del bene vita umana tutelato dal titolo XII si pone in stretta correlazione con l'identificazione del titolare del bene. Nei delitti contro la vita individuale, il soggetto passivo è qualificato talora con il termine “*uomo*” (es.: artt. 575, 584), che nel suo significato proprio (senza necessità del ricorso all'interpretazione estensiva, da taluno ipotizzata) indica genericamente *qualsiasi persona umana*, come conferma del resto l'utilizzo della dizione “*persona*” in altre fattispecie incriminatrici poste a tutela della vita individuale e collettiva (es.: artt. 589, 422)⁴. La qualità di persona va valutata a prescindere dal genere, dall'età e dallo stato di salute, purché si

² Cfr. S. CANESTRARI, *I delitti contro la vita*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2009, 276.

³ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale, I delitti contro la persona*, Bologna, 2011, 2 s.

⁴ Cfr., per tutti, F. RAMACCI, *I delitti di omicidio*, Torino, 2008, 9 ss.

tratti di soggetto dotato di *vitalità autonoma*, anche se non necessariamente di autosufficienza (v. più ampiamente *infra*, in questo paragrafo) e cioè indipendentemente da eventuali condizioni patologiche che ne compromettano talune funzioni fisiologiche (es.: paziente in stato vegetativo persistente; neonato prematuro), rendendo necessario il ricorso a sostegno meccanico vitale o a alimentazione e idratazione artificiali, oppure da malformazioni che, in prospettiva, ne precludano la sopravvivenza (es.: neonato anencefalo). Irrilevante è ovviamente, infine, la morfologia fisica del soggetto, essendo sufficiente la condivisione del patrimonio genetico col genere umano⁵. Tenendo conto delle possibili future realizzazioni della medicina e dell'ingegneria genetica, giuridicamente consentite o anche poste in essere in violazione di legge, irrilevanti debbono essere considerate altresì le modalità di fecondazione, sessuata o a-sessuata (mediante clonazione) e gestazione, materna o extramaterna (animale o meccanica), e la nozione di uomo deve essere estesa fino a coprire qualunque essere provvisto di materiale genetico umano, ancorché combinato con quello di altre specie (in caso di c.d. ibridazione)⁶.

La nozione di uomo è andata assumendo nel tempo una spiccata connotazione normativa, potendo essere ricostruita soltanto attraverso il riferimento a un complesso di disposizioni afferenti, da un lato, alla disciplina in materia di aborto (l. n. 194/1978), al fine di distinguere l'uomo dal *concepito*, che gode nel nostro ordinamento di una tutela specifica (cfr. l. n. 194/1978; l. n. 40/2004), ma affievolita rispetto a quella riservata all'uomo (v. § 3); dall'altro, a quella in materia di accertamento della morte (v. § 4), al fine di distinguere l'uomo dal *cadavere* che, pur godendo di una tutela autonoma rispetto a quella delle cose oggetto di diritti patrimoniali in ragione della sua peculiare essenza (in ambito penale, v. artt. 410-413 c.p.), è in qualche misura assimilabile alla *res*, andando soggetto a una serie di atti dispositivi da parte del titolare (es.: a fini scientifici o di trapianto).

Circa il criterio distintivo tra uomo e *concepito*, e conseguentemente tra i delitti contro la vita del titolo XII e i residui delitti di aborto previsti dall'ordinamento vigente, inadeguate appaiono le tesi tradizionali che collocano su base empirica la cesura tra i due stadi di sviluppo dell'essere umano al momento della nascita oppure del distacco dall'utero⁷, in quanto messe in crisi dalle acquisizioni della neonatologia e smentite dallo stesso diritto positivo. In particolare, la risalente tesi che riconosceva la qualità di persona soltanto al nato è sconfessata dall'art. 578 c.p., che, circoscrivendo il trattamento sanzionatorio favorevole rispetto a quello dell'omicidio comune alla madre determinata al fatto da condizioni di abbandono materiale e morale, considera inequivocabilmente "uomo", non soltanto il neonato, ma anche "il feto durante il parto"; mentre la tesi che richiede il distacco dall'utero non si concilia con l'attuale disciplina dell'interruzione volontaria della gravidanza (v. *infra*).

⁵ F. RAMACCI, *I delitti di omicidio*, cit., 13 s.

⁶ V. F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la persona*, cit., 31 s.

⁷ V. PATALANO, *I delitti contro la vita*, Padova, 1984, 12.

Fondata, in quanto aperta all'evoluzione scientifica e coerente con l'ordinamento vigente, è invece la tesi che rinviene il criterio selettivo nella *capacità di vitalità autonoma*, da intendersi nel senso relativo di *capacità di vita extracorporea*, anche se non necessariamente di autosufficienza, da rapportarsi alle progressive acquisizioni della neonatologia⁸. Decisivo per l'accoglimento della nozione di uomo come essere capace di vitalità autonoma si rivela il riferimento all'art. 7, comma 2, ultimo periodo, l. n. 194/1978, che ricollega alla mera "possibilità di vita autonoma" del feto il duplice effetto: a) di confinare la liceità dell'interruzione volontaria della gravidanza nei limiti delle sole *situazioni necessitanti*, in cui "la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna". Il *divieto* di praticare l'*aborto*, cioè l'interruzione della gravidanza con conseguente morte del feto, qualora questo sia capace di vita autonoma, indica che la legge lo considera come "uomo" e non più soltanto come "concepito", dovendosi pertanto riportare le eventuali violazioni nell'alveo dell'omicidio comune, doloso o colposo, ex artt. 575 o 589 (sarà configurabile, invece, il reato dell'art. 19, l. n. 194/1978, ove al fatto non consegua la morte del feto); b) di gravare il medico che esegue l'intervento interruttivo della gravidanza dell'*obbligo* (di garanzia) di "*adottare ogni misura idonea a salvaguardare la vita del feto*".

La mancata previsione di una specifica sanzione per l'inosservanza dell'obbligo in parola (cfr. art. 19, l. n. 194/1978, che sanziona il fatto di chi cagiona l'interruzione della gravidanza "senza l'osservanza delle modalità" di cui all'art. 7, cioè con inosservanza delle sole *procedure* ivi previste) conferma ulteriormente l'applicabilità delle incriminazioni comuni poste a tutela della vita e salute umana. Più precisamente, la sussistenza dell'obbligo di protezione della vita del feto, ex art. 7, l. n. 194/1978, ne attrae l'eventuale violazione nella sfera operativa dell'art. 591 (nella sua fattispecie base, ove dal fatto non derivino conseguenze lesive, oppure nella fattispecie aggravata, ove ne derivino lesioni o morte non volute), trattandosi di abbandono di persona incapace, di cui il medico "deve avere la cura", e degli artt. 575 ss. e 582 ss. (ove la morte o le lesioni, derivate dal mancato intervento, siano volute).

3. Il "diritto alla vita" e la tutela affievolita della vita prenatale

La distinzione tra *uomo* e *concepito* assume estremo rilievo per il diverso grado di protezione accordato nei due casi dal diritto vigente al bene vita umana.

Nell'ordinamento italiano la vita umana risulta espressamente tutelata "fin dal suo inizio" (v. art. 1, comma 1, l. n. 194/1978) e l'embrione umano è autonomamente tutelato anche prima e a prescindere dall'impianto in utero (cfr. artt. 13 e 14, l. n. 40/2004). Ancor prima, peraltro, pur in assenza di specifiche statuizioni in materia, la tutela della vita del concepito trova fondamento nella Costituzione, come esplicitamente affermato dalla Corte costituzionale (cfr.

⁸ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la persona*, cit., 28 s.

sentt. n. 27/1975, n. 35/1997), secondo la quale la situazione giuridica del concepito “si colloca, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, tra i diritti inviolabili dell’uomo” riconosciuti e garantiti dall’art. 2, e il suo diritto a nascere, denominato dalla Corte *diritto alla vita*, è da considerarsi oggetto di specifica salvaguardia costituzionale. Come ricorda la stessa Corte, il principio che la vita umana debba essere tutelata sin dal suo inizio è inoltre oggetto di esteso riconoscimento sul piano internazionale, dovendosi anzitutto richiamare in proposito la “Dichiarazione sui diritti del fanciullo” approvata dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite (New York, 1959), nel cui preambolo è scritto che “il fanciullo, a causa della sua mancanza di maturità fisica ed intellettuale, necessita di una protezione e di cure particolari, ivi compresa una protezione legale appropriata, sia prima che dopo la nascita”.

Nonostante tali riconoscimenti, per il nostro diritto vigente il concepito *non è giuridicamente persona umana* e la sua vita gode soltanto di una protezione *affievolita* rispetto a quella dell’uomo. Tale disparità di tutela appare in qualche misura avallata a livello sovranazionale, sia dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, la quale non indica il momento iniziale della vita (contrariamente alla Convenzione americana sui diritti dell’uomo, che all’art. 4 impone la tutela della vita fin dal concepimento), sia dalla giurisprudenza della Corte europea, che ha di recente sostanzialmente negato il diritto alla vita dell’embrione (v. sent. 7.3.2007, Evans c. Regno Unito).

Più precisamente, la l. n. 194/1978, sull’interruzione volontaria della gravidanza, consente il sacrificio della vita del concepito a tutela di beni di rango inferiore facenti capo alla donna, essendo l’aborto lecito entro i primi 90 giorni, alla duplice condizione che: a) siano rispettate le procedure di cui alla stessa legge; b) ricorra una situazione di “serio pericolo per la salute fisica o psichica” della donna, in relazione allo stato di salute, alle condizioni economiche, sociali o familiari, o alle circostanze del concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito (v. art. 4). Il requisito del “serio pericolo per la salute fisica o psichica”, tra l’altro, viene inteso nella pratica in senso quanto mai ampio, o *tamquam non esset*, bastando, in realtà, la dichiarazione della donna di voler abortire, senza che siano compiuti ulteriori indagini mediche o tentativi di dissuasione, tramite il sostegno concreto alla donna per la rimozione delle cause o la proposizione di soluzioni ai problemi che la inducano a interrompere la gravidanza, pur espressamente imposti dalla legge (art. 5). Dopo i primi 90 giorni, l’aborto è lecito: a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna; b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna (art. 6).

Le residue ipotesi di reato in materia di aborto mirano a tutelare direttamente beni diversi dalla vita del concepito, quali la volontà, la vita o l’incolumità della donna (procurato aborto di donna non consenziente, aborto preterintenzionale; art. 18), oppure il rispetto delle procedure indicate dalla legge (art. 19), e solo indirettamente la vita del concepito.

Quanto alla l. n. 40/2004, sulla procreazione medicalmente assistita, fin dalla sua formulazione originaria, essa ammetteva il rischio di morte di taluni em-

brioni che non riuscissero a impiantarsi, al fine di assicurare “concrete aspettative di gravidanza” (cfr. Corte cost., sent. n. 151/2009). Inoltre, a seguito della parziale dichiarazione di incostituzionalità dell’art. 14, comma 2 (ad opera della stessa sent.), la tutela del concepito subisce oggi un nuovo opinabile ridimensionamento, essendo venuto a cadere il divieto di produzione di ulteriori embrioni soprannumerari (rispetto ai tre previsti dal testo originario della norma), ai fini della eventuale ripetizione dell’intervento di fecondazione medicalmente assistita in caso di insuccesso. Nel testo vigente, pertanto, la protezione della vita dell’embrione si riduce al divieto, penalmente sanzionato, di sperimentazione con finalità diverse dalla tutela della salute e sviluppo dell’embrione stesso (art. 13).

4. *L’evento morte*

La morte costituisce l’evento tipico dei delitti contro la vita; ancor prima, peraltro, la sua definizione concorre a delimitare il concetto di persona umana, consentendo di differenziare l’“uomo” dal “cadavere”. La nozione di morte, pur necessariamente fondata su un sostrato biologico, è “concetto di valore”, “un costruito morale con una base biologica”⁹. In ragione della *natura processuale* della morte biologica, infatti, la scelta relativa all’individuazione del momento della morte poggia su inevitabili parametri assiologici, risultando variabile a seconda di sottostanti concezioni, antropologiche e filosofiche.

Nell’ordinamento vigente, la morte costituisce elemento normativo, potendo essere determinata unicamente attraverso il riferimento alla specifica disciplina dettata per il suo accertamento (cfr. l. n. 578/1993; d.m. n. 582/1994, aggiornato con d.m. 11.7.2008), che la fa coincidere con la *cessazione totale e irreversibile delle funzioni del sistema nervoso centrale*, cioè con la c.d. *morte encefalica*, che peraltro indica non la morte biologica in senso proprio, bensì l’entrata nel processo irreversibile della morte¹⁰.

L’attuale definizione legislativa, basata sui criteri indicati nel Rapporto di Harvard del 5.8.1968 (AD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL, *A definition of irreversible coma*, *Journal of the American medical association*, 1968, CCV, 85-88; cfr. anche il documento sul trapianto di organi della Confe-

⁹V., rispettivamente, F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la persona*, cit., 35; J. LACHS, *The element of choice in criteria of death*, in AA.VV., *Death: beyond whole-brain criteria*, a cura di R.M. Zaner, Dordrecht, 1988. Cfr. anche: Corte cost., sent. n. 414/1995, secondo cui al fine di determinare “il momento decisivo per ritenere, a tutti gli effetti, estinta la persona umana”, il legislatore “è chiamato a ponderare, in una logica di prudente apprezzamento, non solo i dati della scienza medica, ma anche il complesso quadro dei valori di riferimento”.

¹⁰Cfr. H. JONAS, *Against the stream. Comments on the definition and redefinition of death*, in *Contemporary issues in bioethics*, a cura di T.L. Beauchamp-L. Walters, Belmont, Cal., 1982, 288-293; ID., *Morte cerebrale e banca di organi umani: sulla ridefinizione pragmatica della morte*, in H. JONAS, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità*, a cura di P. Becchi, Torino, 1992, 167-184; ID., *Morire dopo Harvard*, Brescia, 2009; DANISH COUNCIL OF ETHICS, *Death criteria, a report*, Copenhagen, 1989.

renza dei Ministri europei della sanità, Parigi, 16-17 novembre 1987), accolti dalla maggioranza delle legislazioni (in Europa, Stati Uniti, Australia, Canada, America Latina, gran parte dei paesi asiatici e diversi paesi africani), è di recente contrastata su un duplice fronte da tesi che vorrebbero, alternativamente, posticipare o anticipare la morte in senso giuridico, con evidenti implicazioni sulla risoluzione del duplice problema della determinazione: 1) del momento della *cessazione dell'obbligo di curare*, con conseguente opposto obbligo di sospendere le pratiche rianimatorie, l'uso di apparecchi di sostegno vitale e la nutrizione e idratazione artificiali; 2) del momento in cui diventa *lecito il prelievo degli organi* a fini di trapianto, richiedendo di regola la legge che esso sia effettuato "da cadavere".

Relativamente marginali al presente sono le critiche che contestano, al contempo, sia l'attendibilità dei criteri di accertamento della morte encefalica, sia l'asserita prospettiva *riduzionista* insita nello stesso concetto di morte encefalica, che, non potendo essere equiparata alla "morte dell'organismo", cioè biologica, non potrebbe essere considerata a pieno titolo come morte della *persona*¹¹. Se portata alle sue estreme conseguenze, la tesi in parola comporterebbe il duplice effetto: a) di protrarre il dovere di mantenere artificialmente "in vita" corpi che, in realtà, non possono essere più considerati "persona", in quanto la morte encefalica significa morte naturale di tutte le funzioni vitali; b) di posticipare (o rendere addirittura impraticabile) il prelievo di organi a fini di trapianto.

Tuttavia, su questo ultimo punto, i suoi fautori, almeno in prevalenza, non sembrano auspicare una simile soluzione, allineandosi piuttosto alla proposta del Comitato danese di etica, secondo la quale, poiché la cessazione irreversibile delle funzioni cerebrali identifica l'inizio irreversibile del processo del morire, essa, previo esplicito consenso del paziente, può essere considerata premessa sufficiente per il prelievo degli organi.

Crescente adesione trovano invece le tesi che propongono sostituire la nozione legale di morte encefalica totale con quelle alternative di: a) *morte tronco-encefalica*, identificata con la cessazione delle funzioni del solo tronco encefalico, cioè limitata alle regioni encefaliche inferiori che presiedono alle attività respiratoria cardiaca e circolatoria, senza considerare l'attività della corteccia cerebrale. Da tempo adottata nell'ambito delle linee guida per l'accertamento della morte seguite nel Regno Unito, in assenza di una definizione legale di morte (cfr., da ultimo, ACADEMY OF MEDICAL ROYAL COLLEGES, *A code of practice for the diagnosis and confirmation of death*, 2008), la nozione di morte tronco-encefalica sembra ora condivisa dal Comitato Nazionale di Bioetica, che in un recente documento (*I criteri di accertamento della morte*, cit.) finisce sostanzialmente per negare la differenza tra morte encefalica totale e morte tronco-encefalica, accogliendo sul punto le conclusioni dell'Academy of Medical Royal Colleges e del Centro Nazionale Trapianti, secondo cui la ces-

¹¹ Cfr. R. BARCARO-P. BECCHI-P. DONADONI, *Prospettive bioetiche di fine vita*, Milano, 2008; L. SCARAFFIA, *Postilla* al Documento del Comitato Nazionale di Bioetica *I criteri di accertamento della morte*, del 24.6.2010.

sazione irreversibile dell'attività del tronco encefalico comporterebbe necessariamente anche quella della corteccia cerebrale; b) *morte corticale*, cioè limitata alle regioni cerebrali superiori (corticale e subcorticale), fondata sulla identificazione della persona con la *coscienza* e sostenuta in base a una prospettiva etica di matrice dichiaratamente utilitaristica¹².

L'eventuale futura recezione legislativa di una delle due tesi da ultimo riferite comporterebbe evidentemente l'anticipazione, sia del momento della cessazione dell'obbligo di curare, sia di quello in cui è lecito il prelievo di organi a fine di trapianto. A sconsigliare l'adozione del criterio della morte tronco encefalica è soprattutto la persistente incertezza scientifica sulla sua reale equivalenza alla morte encefalica. Assolutamente da respingere – e non soltanto *de iure condito* perché in contrasto con la legge vigente, ma anche *de iure condendo* – è invece il criterio della morte corticale, che porterebbe a dichiarare *morte* le persone in stato vegetativo, la cui effettiva irreversibilità, tra l'altro, risulta di accertamento estremamente arduo. Inoltre, particolarmente pericolosa risulta la tendenza all'identificazione della persona umana con la coscienza, presupposto della tesi in parola, e che coerentemente induce i suoi sostenitori a proclamare la liceità della soppressione di qualunque soggetto che ne appaia privo¹³.

5. La questione della “disponibilità” o “indisponibilità” della vita

In base al tradizionale principio della c.d. “indisponibilità” della vita, la tutela penale del bene opererebbe *in ogni caso* anche contro la volontà del titolare, precludendo perciò all'individuo, non soltanto la volontaria distruzione della propria vita, *manu aliena* (cioè prestando il consenso alla propria uccisione da parte di terzi) e *manu propria* (in questa prospettiva, la mancata incriminazione del tentato suicidio risponderebbe a mere ragioni di opportunità e non se ne potrebbe invece desumere la liceità del suicidio; v. Sez. IV, § 4), ma anche la rinuncia volontaria alla vita, cioè il lasciarsi morire (es.: rifiutando cure mediche salvavita). A detta impostazione, si è andata via via contrapponendo quella antitetica e sempre più diffusa, della “disponibilità” della vita, con conseguente rivendicazione, *de iure condito*, del diritto al rifiuto delle cure salvavita (ora espressamente consacrato dall'art. 1, l. 22.12.2017, n. 219, “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”) e, *de iure condendo*, della legalizzazione di pratiche eutanasiche e di suicidio assistito, in ossequio allo “spirito del tempo presente”¹⁴.

La tesi dell'indisponibilità ricerca il suo fondamento positivo in tre dati essenziali: 1) l'asserito atteggiarsi del bene vita quale interesse non solo individuale, ma altresì *collettivo*, come si evincerebbe dall'art. 32 Cost., nella parte in cui

¹² V., per tutti, P. SINGER, *Morte cerebrale ed etica della sacralità della vita*, in *Bioetica*, 1, 2000, 31-49.

¹³ Cfr. P. SINGER, *Giustificare l'infanticidio*, in *Scritti su una vita etica*, Milano, 2004, 205-212.

¹⁴ Così G. FIANDACA-E. MUSCO, *I delitti contro la persona*, cit., 3.

definisce la salute (e pertanto, secondo questa impostazione, *a fortiori* la vita) “diritto fondamentale dell’individuo e interesse della collettività”; 2) la presunta portata di principio generale dell’ordinamento della disposizione dell’art. 5 c.c., che, vietando gli atti di disposizione del proprio corpo che cagionino una diminuzione permanente dell’integrità fisica, *a fortiori* sottintenderebbe il divieto di disporre della vita; 3) l’incriminazione, ex artt. 579 e 580 c.p., dell’omicidio del consenziente e dell’aiuto al suicidio, che attesterebbe l’appartenenza della vita al novero dei beni assolutamente indisponibili, ai sensi dell’art. 50 c.p.

A detti argomenti, i fautori della disponibilità oppongono: 1) la pertinenza esclusiva alla sfera individuale dell’interesse alla vita, di cui il singolo sarebbe unico titolare in base al diritto alla c.d. *autodeterminazione* (esplicitamente indicata come oggetto di tutela, accanto vita, salute, dignità, dall’art. 1, comma 1, l. n. 219/2017), costituzionalmente fondato sulla inviolabilità della libertà personale, ex art. 13, nonché sul divieto di trattamenti sanitari obbligatori, ex art. 32, e ulteriormente confermato a livello di legge ordinaria dalla disciplina del consenso informato al trattamento medico; 2) la ridotta portata operativa del dettato dell’art. 5, che lungi dal rappresentare un principio generale dell’ordinamento, sarebbe destinato a spiegare la sua efficacia esclusivamente nell’ambito dei rapporti di diritto privato, quale espressione del principio di *extrapatrimonialità* del corpo umano, sancito a livello internazionale (Convenzione di Oviedo; Carta di Nizza)¹⁵; 3) la necessità di rinvenire le indicazioni idonee a risolvere il problema della disponibilità o indisponibilità della vita nella Costituzione e non nelle norme ordinarie degli artt. 579 e 580 c.p., la cui conciliabilità, totale o parziale, con il vigente quadro costituzionale, dovrebbe, anzi, essere attentamente vagliata.

Va preliminarmente osservato che le nozioni di matrice privatistica di “disponibilità” e “indisponibilità”, riferite al bene vita, appaiono in certa misura improprie, in quanto la disponibilità in senso stretto appare correttamente attribuibile soltanto ai diritti *trasferibili*, aventi come oggetto ultimo *cosa*, e segnatamente beni patrimoniali (cfr. artt. 832, 1357, 2581 c.c.). I diritti personali, invece, sono *per loro natura* “indisponibili”, essendone impossibile la cessione e trasferimento a terzi da parte del titolare, sia sotto il profilo naturalistico (essendo, salvo in certa misura l’integrità fisica, privi di un sostrato materiale separabile dalla persona), sia giuridico (tra i diritti personali, è dalla legge dichiarato trasferibile il solo diritto allo sfruttamento dell’immagine, v. art. 10 c.c.), con conseguente inammissibilità che si crei su di essi una pretesa altrui. La questione è solo in apparenza unicamente nominalistica, poiché l’impiego della terminologia di derivazione privatistica induce a traslare in ambito penale schemi e principi originariamente concepiti in relazione alla sfera patrimoniale, portando a conclusioni discutibili entrambe le tesi surriferite.

Ciò premesso, la soluzione del problema coinvolge i tre essenziali profili:

¹⁵ In questo senso si sostiene che l’interpretazione dell’art. 5 quale principio generale che sancisce l’indisponibilità di vita e integrità fisica ne comporterebbe l’incostituzionalità, v. B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, 80; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell’avente diritto*, Bologna, 2008, 234.

1) della titolarità, esclusivamente individuale oppure anche collettiva, del bene vita; 2) della portata e valenza ermeneutica del divieto dell'art. 5 c.c.; 3) della valenza interpretativa degli artt. 579 e 580 c.p.

1. La qualifica di "*bene indisponibile*" ne sottintende la *titolarità non piena* in capo al soggetto ed è pertanto connaturata agli interessi pubblici, istituzionali e a titolarità collettiva o diffusa e parzialmente indisponibili sono i diritti su beni privati sui quali grava un interesse della collettività (es.: proprietà di un edificio di interesse storico o artistico) o di altri soggetti privati (es.: condominio). Poiché in questi casi il (con-)titolare gode di un diritto che non esaurisce la sfera degli interessi ricadenti sul bene, le sue facoltà possono subire limitazioni e su di lui possono incombere obblighi di salvaguardia del bene stesso nell'interesse altrui.

Con riferimento ai *beni individuali*, la qualifica di bene disponibile o indisponibile dipende dalle diverse concezioni accolte in merito al rapporto tra stato e individuo. Secondo lo schema di pensiero "panpubblicistico" sotteso all'impianto originario del codice Rocco, la persona non godrebbe mai della titolarità piena di alcun bene giuridico, che sarebbe invece costantemente condivisa con lo stato. In questa prospettiva, il singolo dovrebbe reputarsi, per così dire, soltanto "custode" dei propri beni¹⁶ e conseguentemente su di lui graverebbe, in linea di principio, un generico dovere di preservarli nell'interesse comune. Tale visione sta alla radice della figura del consenso dell'avente diritto concepita come scriminante, anziché come fattore di esclusione della tipicità, anche in relazione ai beni c.d. disponibili: in base al paradigma della assenza di antiggiuridicità, infatti, l'ordinamento "permette" che il privato rinunci alla tutela del proprio bene, invece di prendere semplicemente atto della sua libera manifestazione di volontà in un'area di ordinarie relazioni a cui il diritto penale rimanga, semplicemente, estraneo.

Il ruolo dell'interesse statale è ovviamente destinato a crescere in proporzione al rango del bene: di qui l'assunto dell'indisponibilità *assoluta* della vita, con correlativo obbligo di ciascuno di salvaguardarla, al fine di adempiere i doveri verso lo stato e la famiglia, con la conseguenza, ad es., che la scriminante dello stato di necessità potrebbe porsi a fondamento giustificativo dell'intervento terapeutico salvavita, operato nonostante il dissenso del paziente.

La concezione riferita, al contempo di impronta autoritaria e di ispirazione utilitaristica (che si tenta oggi di recuperare in chiave solidaristica), appare perfettamente coerente con la matrice politico-culturale sia del codice civile del '42 (risultando sottesa, nella visione dei compilatori, alla disciplina dell'art. 5)¹⁷, sia del codice penale del '30, armonizzandosi col dogma della natu-

¹⁶ Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, 528.

¹⁷ Cfr. *Relazione del ministro guardasigilli sul codice civile*, Roma, 1936, n. 26: "vietando gli atti di disposizione del corpo che producono una diminuzione permanente nella integrità fisica si fa in sostanza una applicazione particolare della norma che vieta l'abuso del diritto, in quanto si considera che l'integrità fisica è condizione essenziale perché l'uomo possa adempiere i suoi doveri verso la società e verso la famiglia". Cfr. anche la massima tratta

ra pubblicistica della tutela penale, sotto il profilo del suo carattere obiettivo.

Tuttavia, il diverso rapporto stato-cittadino emergente dalla Costituzione repubblicana, primario punto di riferimento ermeneutico per la soluzione del problema, preclude l'accoglimento di una simile prospettiva: l'innegabile sussistenza di un generico interesse superindividuale alla conservazione dei beni giuridici, funzionale alla convivenza civile, non implica che l'intervento penale, nel tutelare i beni del singolo, si ponga costantemente a presidio anche di un interesse *proprio* dello Stato¹⁸. L'esistenza di un tale interesse generale non è infatti prerogativa del diritto penale: l'intero ordinamento ne è permeato, come risulta da una molteplicità di norme (es.: art. 2028 c.c.), ma ciò non appare in alcun modo decisivo per determinare i limiti di esercizio dei diritti individuali.

Inoltre, il personalismo costituzionale, pur nella varietà di accezioni attribuitegli, impedisce che il complesso dei beni facenti capo alla persona umana sia concepito come subalterno e funzionale all'interesse statale o collettivo, e che pertanto l'eventuale conflitto tra diritto individuale all'autodeterminazione e interesse statale alla conservazione del bene debba essere risolto a favore di quest'ultimo, dovendosi al contrario ritenere che lo Stato sia gravato dell'obbligo di agire in funzione della persona.

A tutti i beni giuridici individuali è dunque connessa soltanto la *facoltà*, mai un obbligo di autotutela, come risulta, con riferimento alla vita e salute, dall'art. 32 Cost. e, inequivocabilmente, dalla vigente legge ordinaria in materia di consenso informato (cfr. art. 1, l. n. 219/2017), ma come già desumibile, del resto, dagli artt. 52 e 54 c.p., che semplicemente attribuiscono *facoltà* di autotutela, ma certo non la impongono.

2. Anche l'effettiva estensione dell'area operativa dell'art. 5 c.c. deve essere valutata in base a una lettura costituzionalmente orientata, nonché ai dati desumibili dalla stessa disposizione e dalla sua collocazione codicistica.

Anzitutto, sulla base del principio della libertà personale, o se si preferisce di autodeterminazione, la norma non può essere intesa quale divieto generale e assoluto di disporre del proprio corpo, dilatandone la portata fino a ricomprendervi gli atti dispositivi operati *manu propria*, mediante un'azione positiva del titolare o la sua rinuncia alla tutela della vita o integrità fisica (es.: attraverso il rifiuto delle cure, legittimandosi, conseguentemente, l'intervento medico posto in essere nonostante il dissenso del paziente). L'inammissibilità dell'interpretazione dell'art. 32 Cost., che, sostanzialmente elidendo il divieto di trattamenti sanitari obbligatori in base all'interesse della collettività, finiva per elevare i diritti alla vita e salute a doveri del singolo è oggi definitivamente decretata dall'art. 1, comma 5, l. n. 219/2017, che garantisce il diritto al rifiuto, totale o parziale, di qualunque accertamento diagnostico e al rifiuto, totale

da Cass. pen., 18.11.1954, n. 1954, in *Riv. pen.*, 1955, 258: "La società organizzata giuridicamente nello Stato, nel punire l'omicidio, tutela un diritto suo proprio, oltre a quello dell'individuo".

¹⁸ Cfr. S. CANESTRARI, *I delitti contro la vita*, cit., 273.

o parziale, o interruzione di qualunque trattamento sanitario, anche salvavita, ivi compresi la nutrizione e idratazione artificiali, “in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici”.

Secondariamente, in ragione della sua ubicazione nell’ambito del codice civile e della scelta semantica della locuzione, di stampo squisitamente privatistico, “atti di disposizione”, scopo dell’art. 5, in cui si concreta la sua autonoma valenza normativa, sembra essere quello, circoscritto, di sancire l’*inalienabilità a terzi* dell’integrità fisica, che – contrariamente a quanto avviene con riferimento agli altri beni personali, inscindibili dalla persona del titolare e, pertanto, non cedibili a terzi (es.: vita, libertà personale) –, potrebbe essere materialmente violato, in questo senso parificando il diritto su di essa ricadente agli altri diritti inerenti alla persona. Più precisamente, oggetto della disciplina dell’art. 5 è il divieto di stipulazione di negozi, mediante i quali il contraente *si obblighi* a cedere parti del suo corpo non ancora separate, ove ciò cagioni una diminuzione permanente dell’integrità fisica (diverso è il regime relativo alle parti staccate del corpo umano, ormai degradate a mera *res*)¹⁹. In queste ipotesi, la volontà eventualmente manifestata risulta sempre *a priori* inefficace e l’accordo in tal senso può integrare gli estremi di un contratto penalmente illecito. E ciò a prescindere dall’eventuale gratuità della cessione di una parte del proprio corpo, come comprova l’art. 1, l. n. 45/1967, sul trapianto di rene tra persone viventi, secondo cui “In deroga al divieto di cui all’art. 5 del Codice civile, è ammesso disporre a titolo gratuito del rene al fine del trapianto tra persone viventi” (la formula è ripetuta in modo sostanzialmente identico dall’art. 1, l. n. 482/1999, sul trapianto parziale di fegato). Peraltro, riguardando pur sempre la deroga suddetta la *cessione a favore di terzi* di una parte del proprio corpo, da tale disposizione neppure può desumersi, come taluno suggerisce, la portata generale del principio dell’art. 5²⁰; e infatti, nella l. n. 164/1982 (norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), che disciplina un “atto di disposizione” del proprio corpo implicante una diminuzione permanente dell’integrità fisica realizzato *a vantaggio esclusivo del titolare* (al contrario dei casi previsti dalle l. n. 45/1967 e n. 482/1999), non compare alcun richiamo all’art. 5. La *ratio* della previsione dell’art. 5 è pertanto da ravvisarsi nelle peculiarità del bene integrità fisica, trattandosi dell’unica ipotesi, nell’ambito dei diritti personali, in cui il diritto è provvisto di un *sostrato materiale*, potenziale oggetto di veri e propri “atti dispositivi”, in quanto naturalisticamente *separabile* dal titolare e, pertanto, *reificabile* e *cedibile*; il che lo accomunerebbe, sotto questo limitato profilo, ai diritti sui beni patrimoniali. Il legislatore dunque, con l’introduzione dell’art. 5, tra l’altro storicamente occasionata da un episodio di cessione contrattuale di una ghiandola sessuale, considerata valida dalla Corte di cassazione²¹ (v. Cass. pen., 31.1.1934), pren-

¹⁹ Sulla disciplina relativa alle parti staccate del corpo umano, v. F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la persona*, cit., 82 s.

²⁰ In questo senso, invece, A. MANNA, *Profili penali del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984, 31 ss.

²¹ In *Foro it.*, 1934, II, 146 ss.

de atto di un dato empirico, mirando in primo luogo ad evitare il ripetersi di simili eventualità, fisicamente impraticabili rispetto agli altri diritti personali.

L'analisi condotta sull'art. 5 sembra confermare la scarsa utilità della dicotomia di matrice privatistica disponibilità/indisponibilità (nonostante il richiamo a dette nozioni nell'art. 50 c.p., probabilmente dovuto alla derivazione civilistica della figura del consenso dell'avente diritto), al fine di stabilire i limiti della liceità penale degli atti lesivi dei propri beni altamente personali. Dalla disciplina privatistica possono infatti desumersi soltanto i principi: a) dell'*incoercibilità delle prestazioni personali*, pur costituenti oggetto di obbligazione validamente contratta, ivi comprese quelle che comportano una diminuzione non permanente dell'integrità fisica, ex art. 5 c.c., non potendo costituire direttamente oggetto di un'altrui pretesa, come attesta la disciplina in materia di esecuzione forzata in forma specifica (titolo IV, sezione II, c.c., artt. 2930 ss.), dalla quale si evince con chiarezza che soltanto sulle "cose, mobili o immobili" altrui, cioè sui beni patrimoniali, l'altro contraente può vantare un diritto (cfr. art. 2930, esecuzione forzata per consegna o rilascio; art. 2933, comma 1, esecuzione forzata degli obblighi di non fare), mentre, in caso di prestazione consistente in un fare (o subire), il creditore può soltanto ottenere che essa sia eseguita a spese dell'obbligato (cfr. art. 2931, esecuzione forzata degli obblighi di fare), ove si tratti di obbligazione fungibile; ove, invece, si tratti di obbligazione infungibile, è dovuto unicamente il risarcimento del danno; b) della costante *revocabilità* del consenso prestato alla limitazione di un proprio diritto personale; c) dell'*inalienabilità* a terzi dell'integrità fisica oltre i confini stabiliti dall'art. 5.

Nessuna indicazione, invece, può trarsi sugli eventuali limiti della facoltà di ledere o consentire alla lesione di un proprio diritto personale (nell'interesse proprio). Parimenti, proprio per la stretta attinenza delle nozioni di disponibilità e indisponibilità al diritto privato, dalle mancate indicazioni privatistiche è impossibile desumere, come qualcuno vorrebbe, l'opposto principio generale della c.d. assoluta disponibilità dei beni altamente personali. In conclusione, il problema deve essere affrontato e risolto in via autonoma rispetto all'art. 5, sulla base delle indicazioni costituzionali e della disciplina penalistica.

Va infine sottolineato che, se l'art. 5 non è destinato a regolare l'intero campo degli accordi intersoggettivi relativi ad atti incidenti sull'integrità corporea di uno dei contraenti, ma soltanto quelli, in base ai quali uno dei contraenti si obblighi alla cessione di una porzione della propria integrità fisica, dalla sfera applicativa della norma esula *a priori* la *relazione terapeutica*²², nella quale il paziente semplicemente *consente*, salvo la costante possibilità di re-

²² Per l'esclusione dell'operatività dell'art. 5 c.c. in materia di trattamento medico, nonostante la sua considerazione quale principio generale dell'ordinamento, v., tra gli altri, F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la persona*, cit., 50; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, IV ed., Torino, 2011, 376; A. MANNA, *Profili penali del trattamento medico-chirurgico*, cit., 28 ss.; Corte cost., sent. n. 161/1985, in *Foro it.*, 1985, I, 2162, secondo cui "gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, anche psichica, devono ritenersi leciti".

voca della volontà manifestata, a sottoporsi all'intervento, che può comportare anche una menomazione permanente della sua integrità fisica, ma *non si obbliga* affatto a subirlo, cedendo a terzi parti del suo corpo. Si ha qui infatti un'ipotesi, non già di consenso negoziale, ma puramente *abdicativo*²³, consistente in un *permesso*, un mero atto giuridico avente a oggetto la rinuncia alla tutela di un proprio diritto, in vista della realizzazione di un interesse superiore; quindi il tipo di consenso oggetto della disciplina dell'art. 50 c.p. D'altra parte, l'estraneità della relazione terapeutica ai limiti dell'art. 5 è già desumibile dalla consacrazione legislativa del principio del consenso all'attività terapeutica, che sarebbe vanificato dal divieto assoluto di consentire a manomissioni del proprio corpo implicanti una diminuzione permanente dell'integrità fisica: per il principio di non contraddizione, l'ordinamento non può, al contempo, espressamente autorizzare e vietare al soggetto di assumere decisioni in merito all'intervento terapeutico. In questo senso, le norme che regolano l'attività medico-chirurgica si pongono, rispetto all'art. 5 c.c., non in un rapporto di eccezionalità, permettendo ciò che risulterebbe in via di principio vietato dalla norma privatistica, bensì di *eterogeneità* essendo destinate a regolare una materia del tutto diversa.

3. Il problema della liceità per il singolo di arrecare lesione alla propria vita deve essere risolto in modo autonomo dagli artt. 579 e 580 c.p., in quanto disposizioni di legge ordinaria e come tali eventualmente destinate a soccombere in caso di conflitto con il dettato costituzionale (per una più puntuale analisi sul punto, v. Sez. IV, §§ 4 e 5).

6. *L'intangibilità della vita umana*

Se la tesi tradizionale che apoditticamente afferma l'indisponibilità assoluta della vita umana appare improponibile alla luce dell'attuale quadro costituzionale, quella opposta dell'assoluta disponibilità non appare affatto derivarne inevitabilmente come i suoi fautori pretendono. La Costituzione affida allo Stato la tutela dei beni della persona, secondo la gerarchia dettata dal principio personalistico. In base agli artt. 2 e 3 Cost., la Repubblica da un lato, "riconosce" (così identificandone la dimensione pregiuridica) i diritti inviolabili dell'uomo, nella loro qualità di *valori oggettivi*; dall'altro, si assume il compito di "garantirli", con ciò ammettendo che non si tratta di puri dati di natura costantemente in atto, ma anche di obiettivi da raggiungere in funzione del pieno sviluppo della persona, in armonia con il traguardo costituzionale dell'eguaglianza sostanziale. È pertanto del tutto legittimo che l'ordinamento predisponga diversi gradi di tutela a seconda del rango del bene giuridico, proprio secondo la scala di valori disegnata nel progetto costituzionale. In questa prospettiva va inquadrato anche il diritto alla c.d. autodeterminazione, e-

²³ Cfr. F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2007, 304.

spressione primaria della libertà personale e base imprescindibile dell'esercizio di ogni diritto: obbligo dello Stato è non solo preservare la porzione di libertà di cui ciascuno già gode, ma fornire gli strumenti perché tale diritto acquisti pienezza²⁴.

Pertanto, con l'innalzarsi del rango del bene, cresce anche il bisogno di *tutela della libertà di autodeterminarsi* a esso connesso, e del tutto coerente che la sua protezione si rafforzi, anche ricorrendo allo strumento penale²⁵, al fine di garantire un'autodeterminazione, per quanto umanamente possibile, libera e autentica del soggetto in relazione ai suoi beni fondamentali, assicurando che il processo di formazione della sua volontà sia esente da influenze esterne, che possano favorire la sua scelta di rinunciare a tali beni.

Dal riconoscimento costituzionale della piena titolarità dei beni privati in capo al singolo deriva dunque semplicemente il principio della loro disponibilità *manu propria*, per una scelta *spontanea* del titolare. Da stabilire sono, invece, i limiti entro i quali se ne possa disporre *manu aliena*, dovendosi coniugare la piena appartenenza del bene individuale al soggetto con l'obbligo elementare dell'ordinamento di tutelarlo dall'eteroaggressione, che può concretarsi, non soltanto in un'azione materiale, cioè di aggressione unilaterale, ma anche in un'opera di condizionamento morale, cioè di aggressione con la cooperazione della vittima, che induca il titolare a rinunciarvi o rafforzi un suo proposito già esistente.

Proprio per garantire la libera autodeterminazione del titolare del bene in caso di aggressioni operate con il suo apparente consenso, l'ordinamento predispose diversi livelli di protezione, a seconda del rango e della natura dell'interesse in gioco.

In proposito, il tradizionale dualismo disponibilità/indisponibilità, concettualmente e semanticamente associato all'idea della possibile contitolarità con lo Stato, poco si presta a identificare le diverse categorie di beni, dovendosi invece operare, nell'ambito dei beni individuali, una triplice distinzione, tra: a) *beni-mezzo*, strumentali rispetto ai beni personali, e di natura essenzialmente fungibile (es.: patrimoniali), che possono costituire oggetto di libera negoziazione tra le parti. Stante il rango non primario di tali beni, la libertà di autodeterminarsi ad essi connessa trova sufficiente protezione nei rimedi offerti dal diritto privato in tema di vizi della volontà o, nei casi più gravi, dalle fattispecie sui delitti con la cooperazione della vittima offensive di tali beni (es.: truffa, estorsione), che tutelano altresì la libertà negoziale, sempre, però, in corrispondenza con il modello privatistico delle ragioni di invalidità del contratto, che di volta in volta si identificano con la modalità illecita della condotta criminosa. In questi casi, l'ordinamento interviene soltanto di fronte alla *patologia* della volontà e non di qualunque influenza esterna sul suo processo di formazione; b) *beni-fine personali*, comprimibili ma indistruttibili, o

²⁴ Cfr. G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale. Tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Marinucci, I, Teoria del diritto penale. Criminologia e politica criminale*, a cura di E. Dolcini-C.E. Paliero, Milano, 2006, 283 ss.

²⁵ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la persona*, cit., 148 s.

comunque, la cui eventuale diminuzione presenta effetti reversibili, che sono volontariamente rinunciabili dal titolare proprio in quanto la rinuncia è, per la stessa natura del bene, soltanto temporanea o parziale (es.: singoli diritti di libertà, integrità fisica nei limiti segnati dall'art. 5 c.c.). Pur potendone talora il "supporto materiale" costituire oggetto di negoziazione privata (es.: contratto per il taglio dei capelli), tali beni non possono formare oggetto di diritti da parte di terzi, con esclusione, pertanto, della possibilità di un'esecuzione forzata della prestazione (cfr. art. 2930 c.c.). In questi casi, dunque, la protezione della libertà di autodeterminarsi non si arresta alla patologia della volontà, ma si estende alla previsione del potere di revoca, anche immotivata, del consenso, secondo il paradigma del consenso dell'avente diritto, *ex art. 50 c.p.*; c) *beni-presupposto*, la cui sussistenza costituisce la premessa ineludibile del godimento di ogni altro diritto, che sono disponibili dal titolare *manu propria*, ma assolutamente *intangibili* dai terzi. In questa categoria rientrano la vita, l'integrità psicofisica oltre i limiti dell'art. 5 c.c. e lo *status libertatis*. In relazione a detti beni, il livello di protezione più elevato, espresso dal divieto assoluto di lesione da parte di terzi, è legittimato, non soltanto dal rango oggettivo del singolo bene, ma anche dalla loro peculiare natura, stante il carattere di *irreversibilità* della eventuale perdita, per legge di natura (della vita e della integrità psicofisica) o per l'impossibilità di un recupero attraverso un atto volontario del titolare (dello *status libertatis*). Rispetto a tali beni, pertanto, non può operare il meccanismo del consenso dell'avente diritto, in quanto esso reca in sé la necessità che il titolare, mutato proposito, possa ottenere la reintegrazione del proprio bene nella sua interezza (come avviene soltanto per i beni personali diversi dai beni presupposto: per vie naturali, ad es., ricrescita dei capelli; mediante la revoca del consenso prestato, ad es., alla temporanea limitazione di un singolo diritto di libertà), con la conseguenza che essi restano esclusi dalla sfera operativa dell'art. 50. La protezione della libertà di autodeterminarsi connessa a tali beni è dunque massima, richiedendosi non soltanto la volontarietà, ma l'assoluta *spontaneità* della rinuncia al bene²⁶ e coprendo pertanto la loro tutela qualsiasi possibile modalità di interferenza esterna sulla decisione del titolare.

La tutela assoluta dei beni-presupposto dall'eteroaggressione risulta perciò funzionale alla garanzia della piena autodeterminazione, quale espressione di un *obbligo* dell'ordinamento verso la persona e non, come a qualcuno appare, di un suo *potere* sull'individuo (sulla recente apertura della Corte cost. in materia di c.d. suicidio assistito, v. *infra*, Sez. IV, § 5).

²⁶ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la persona*, cit., 61, che fa riferimento al requisito della spontaneità in relazione agli interventi medici "ad esclusivo vantaggio di interessi estranei alla salute del soggetto" (e la "spontaneità" è infatti espressamente richiesta per la donazione di rene dall'art. 2, l. n. 458/1967).

Sezione II

L'omicidio doloso e colposo

SOMMARIO: 1. I reati di omicidio come reati a forma libera. – 2. L'omesso impedimento dell'evento morte. – 3. Le posizioni di garanzia nell'attività terapeutica. – 4. Il problema del fondamento di liceità dell'attività terapeutica. – 5. L'obbligo di curare come fondamento di liceità dell'attività terapeutica. – 6. Problemi relativi all'accertamento del nesso causale. – 7. Dolo eventuale e colpa cosciente nell'omicidio. – 8. Aggravanti speciali dell'omicidio doloso. – 9. L'aggravante della violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro nell'omicidio e nelle lesioni colposi. – 10. Orientamenti giurisprudenziali in tema di omicidio e lesioni aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica: i rischi di responsabilità oggettiva e per fatto altrui occulta. – 11. L'omicidio stradale. – 12. La responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario.

Art. 575. Omicidio: "Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno".

Art. 576. Circostanze aggravanti. Pena dell'ergastolo: "Si applica la pena dell'ergastolo se il fatto preveduto dall'articolo precedente è commesso:

- 1. col concorso di taluna delle circostanze indicate nel n. 2 dell'articolo 61;*
- 2. contro l'ascendente o il discendente, quando concorre taluna delle circostanze indicate nei numeri 1 e 4 dell'articolo 61 o quando è adoperato un mezzo venefico o un altro mezzo insidioso, ovvero quando vi è premeditazione;*
- 3. dal latitante, per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione ovvero per procurarsi i mezzi di sussistenza durante la latitanza;*
- 4. dall'associato per delinquere, per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione;*
- 5. in occasione della commissione di taluno dei delitti previsti dagli articoli 609-bis, 609-quater e 609-octies;*
- 5.1) dall'autore del delitto previsto dall'articolo 612-bis nei confronti della stessa persona offesa;*
- 5-bis) contro un ufficiale o agente di polizia giudiziaria, ovvero un ufficiale o agente di pubblica sicurezza, nell'atto o a causa dell'adempimento delle funzioni o del servizio.*

È latitante, agli effetti della legge penale, chi si trova nelle condizioni indicate nel n. 6 dell'articolo 61".

Art. 577. Altre circostanze aggravanti. Ergastolo: "Si applica la pena dell'ergastolo se il fatto preveduto dall'articolo 575 è commesso:

- 1) contro l'ascendente o il discendente o contro il coniuge, anche legalmente separato, contro l'altra parte dell'unione civile o contro la persona legata al colpevole da relazione affettiva e con esso stabilmente convivente;*
- 2) col mezzo di sostanze venefiche, ovvero con un altro mezzo insidioso;*

3) con premeditazione;
 4) col concorso di taluna delle circostanze indicate nei numeri 1 e 4 dell'articolo 61.

La pena è della reclusione da ventiquattro a trenta anni, se il fatto è commesso contro il coniuge divorziato, l'altra parte dell'unione civile, ove cessata, il fratello o la sorella, il padre o la madre adottivi, o il figlio adottivo, o contro un affine in linea retta”.

Art. 589. Omicidio colposo: *“Chiunque cagiona per colpa la morte di una persona è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni.*

Se il fatto è commesso con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro la pena è della reclusione da due a sette anni.

Se il fatto è commesso nell'esercizio abusivo di una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato o di un'arte sanitaria, la pena è della reclusione da tre a dieci anni.

Nel caso di morte di più persone, ovvero di morte di una o più persone e di lesioni di una o più persone, si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse aumentata fino al triplo, ma la pena non può superare gli anni quindici”.

1. I reati di omicidio come reati a forma libera

In conformità alla regola secondo cui tra il rango del bene tutelato e la frammentarietà della tutela penale sussiste un rapporto di proporzione inversa, i delitti posti a presidio della vita umana tendono a dare copertura a tutte le possibili modalità di aggressione al bene e in tutte le forme della colpevolezza. In particolare, sul piano del fatto tipico, i delitti di omicidio del capo I del titolo XII, in cui la condotta è descritta dalla locuzione causale “cagiona la morte” (artt. 575, 578, 579, 584, 589), si atteggiano come paradigmatici reati a forma libera incentrati sul disvalore di evento, mentre il disvalore di azione può assumere rilievo unicamente in relazione alla determinazione del *quantum* della pena, tramite la previsione di circostanze speciali (es.: le aggravanti dell'uso del mezzo venefico, art. 577 e della violazione della normativa antinfortunistica, art. 589, comma 2) oppure *ex art.* 133.

Sul piano della colpevolezza, l'omicidio è previsto nelle tre forme dolosa, colposa e preterintenzionale. In proposito, va segnalata la progressiva tendenza legislativa alla parcellizzazione delle ipotesi di omicidio colposo, originata, anzitutto, dalla crescente convinzione dell'eccessiva mitezza del trattamento sanzionatorio riservato dal codice Rocco al delitto, per l'avvicinamento tra gli stereotipi criminali dell'autore doloso e colposo di matrice ottocentesca, ai quali ancora si ispirava il testo originario, e quelli odierni (v., più diffusamente: § 11). Il che ha portato, nel tempo, alla previsione di figure aggravate (per i fatti commessi in violazione delle norme sulla circolazione stradale, fino alla recente riforma, e la prevenzione degli infortuni sul lavoro, o nell'esercizio abusivo di una professione o di un'arte sanitaria, art. 589, commi 2 e 3) o autonome (omicidio stradale, art. 589 *bis*; v. § 11), sanzionate con pene significativamente superiori alla fattispecie base. Ma anche, all'opposto, al trattamento privilegiato della colpa medica (art. 590 *sexies*, v. § 12).

In quanto reati a forma libera, i delitti di omicidio risultano di regola configurabili anche in forma omissiva (a esclusione della sola ipotesi dell'omicidio preterintenzionale realizzato con atti diretti a percuotere, che richiede necessariamente un contegno attivo; v. più diffusamente *sub* art. 584), attraverso il combinato disposto delle singole norme incriminatrici di parte speciale con la clausola di equivalenza di parte generale dell'art. 40, comma 2. In effetti, la sfera dei delitti contro la vita e l'integrità fisica costituisce il terreno privilegiato per l'applicazione della clausola di equivalenza di parte generale, essendo la maggioranza delle posizioni di garanzia previste dall'ordinamento destinata proprio alla salvaguardia di tali beni giuridici fondamentali della persona. Stante il rango supremo del bene vita, infatti, il bisogno di *tutela rafforzata*, che sta alla radice dell'attribuzione del ruolo di garante a determinate categorie di soggetti, è qui massimo e in costante aumento in ragione dell'incremento nella società contemporanea delle attività pericolose e dei concomitanti progressi nella conoscenza scientifica e tecnica dei meccanismi causali e delle regole cautelari ad esse relativi.

2. L'omesso impedimento dell'evento morte

In ubbidienza al principio della responsabilità personale dell'art. 27, comma 1, Cost., l'equiparazione dell'omissione non impeditiva alla causazione attiva dell'evento morte richiede che il garante sia preventivamente dotato di idonei poteri impeditivi (di vigilanza sull'insorgenza di eventuali situazioni di pericolo nonché di iniziativa diretta sulla stessa), che debbono presentare natura *giuridica* e non meramente fattuale, in quanto solo in questo caso si ha un *equivalente normativo* della dominabilità del decorso causale che caratterizza la fattispecie commissiva²⁷. Non rientrano pertanto tra gli obblighi di impedimento dell'evento morte rilevanti *ex* art. 40, comma 2 quelli di mero *salvataggio*, posti a carico di soggetti privi di poteri impeditivi giuridici, e insorgenti al momento del verificarsi di un presupposto di fatto, consistente in una situazione di pericolo già in atto, indicato dalla norma incriminatrice (es.: obbligo di soccorso *ex* art. 593; obbligo del lavoratore dipendente di adoperarsi direttamente, in caso di urgenza, per eliminare o ridurre le situazioni di pericolo grave e incombente, *ex* art. 20, comma 2, lett. e, d.lgs. n. 81/2008), i quali potranno dare luogo a responsabilità per il reato di pura omissione oppure per il reato di evento autonomamente previsto dalla norma di parte speciale (es.: omissione di soccorso aggravata dalla morte del pericolante), ma mai per omesso impedimento dell'evento, ai sensi dell'art. 40, comma 2.

Obblighi di impedimento dell'evento morte sono concordemente individuati in tutta una serie di posizioni di garanzia, *di protezione o di controllo su fonti di pericolo*, di fonte legale (es.: dei genitori sulla vita dei figli minori; del

²⁷ In materia di posizioni di garanzia e i problemi teorici connessi, v. diffusamente, anche per ulteriori riferimenti, I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999.

datore di lavoro sulla vita dei lavoratori dipendenti) o negoziale.

Circa lo specifico contenuto di tali obblighi, mentre è pacificamente riconosciuta la sussistenza del dovere di agire di fronte alle aggressioni al bene provenienti da forze naturali o meccaniche (es.: malattia, animali o cose sui quali l'obbligato abbia un potere di signoria), la cui violazione è valorizzabile ai sensi di singole fattispecie monosoggettive di omicidio, crescenti perplessità e discussioni sussistono, invece, sull'ampiezza e addirittura sulla configurabilità di obblighi aventi ad oggetto l'impedimento di *altrui condotte umane di aggressione*, la cui violazione possa dar luogo a concorso mediante omissione nel reato commissivo altrui. Sul punto, anche prescindendo dalla tesi estrema che nega in radice la configurabilità di tale specie di concorso, smentita dal diritto positivo (cfr. art. 116, che esplicitamente ricollega il concorso sia all'azione sia all'omissione), relativamente diffusa nella dottrina contemporanea è la tendenza a circoscrivere al minimo la sfera delle posizioni di garanzia aventi a oggetto l'impedimento di altrui reati, in base al riferimento ai principi di *autoresponsabilità* e di *affidamento*, che imporrebbero di limitarle ai casi in cui esse presentino requisiti assimilabili a quelli delle posizioni di controllo su fonti di pericolo, sicché il garante posseda un effettivo potere di controllo sull'agente²⁸. In questo senso, ad es., un consistente indirizzo dottrinale, in contrasto con la costante giurisprudenza, nega l'esistenza di un obbligo di impedimento di reati, rilevante ex artt. 40, comma 2 e 110, gravante sugli appartenenti alle forze dell'ordine.

Nonostante il condivisibile intento di limitare le enormi potenzialità espansive insite nella carenza di determinatezza dell'art. 40, comma 2, spesso disinvoltamente sfruttate nella prassi, la riduzione della categoria degli obblighi di impedimento di reati nei termini indicati non appare coerente col diritto vigente né indispensabile per rispetto dei principi di tassatività e responsabilità personale. All'inesistenza di poteri di controllo sull'agente, può infatti sopperire l'espressa assegnazione al garante di altri efficaci poteri impeditivi, tali da consentire una attribuzione di responsabilità concorsuale per il reato non impedito nel pieno rispetto dell'art. 27, comma 1, Cost., come nel caso degli appartenenti alle forze dell'ordine, il cui obbligo di impedimento di aggressioni ai beni dei cittadini, oggetto di espressa previsione legislativa (cfr. artt. 1 T.U.L.P.S., 55 c.p.p.), è bilanciato da simmetrici e adeguati poteri coercitivi, loro conferiti in via esclusiva dalla legge. E obblighi di impedimento di aggressioni di terzi alla vita debbono considerarsi di regola connessi alle posizioni di protezione, posto che la vigente disciplina in materia di causalità equipara i fattori causali naturali alle condotte di terzi (cfr. art. 41). In ossequio al principio della responsabilità personale, si tratterà piuttosto di stabilire, di volta in volta, il concreto contenuto dell'obbligo di impedimento, che non sempre e necessariamente dovrà essere adempiuto con un intervento diretto sulla condotta dell'aggressore, ma, ove ciò risulti di pari o superiore efficacia (oltre che, ovviamente, nell'ipotesi in cui l'intervento diretto possa e-

²⁸ V., per tutti, G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 176 ss.

sporre il garante a un pericolo corrispondente alla previsione dell'art. 54), anche con una condotta di "soccorso indiretto", consistente nell'avviso all'autorità, similmente a quanto disposto dall'art. 593 per il soccorritore occasionale della persona che si trovi in una qualunque situazione di pericolo (data l'onnicomprendività della formula "altrimenti in pericolo") e, pertanto, anche qualora il pericolo derivi dall'aggressione di terzi.

3. *Le posizioni di garanzia nell'attività terapeutica*

Con riferimento ai delitti contro la vita e l'incolumità individuale, peculiari problemi si pongono nel campo dell'attività terapeutica, in relazione sia alla tipicità del fatto (fondamento di liceità dell'attività medica; *limiti* all'obbligo di curare in relazione al diritto al rifiuto delle terapie salvifiche, al c.d. accanimento terapeutico e ai trattamenti c.d. palliativi), sia all'accertamento del nesso causale.

Punto di partenza per la risoluzione di tali problemi è la definizione dei contorni della posizione di garanzia degli esercenti le professioni sanitarie, la quale assume in materia la duplice veste: a) di *fonte di responsabilità* penale per la realizzazione omissiva (generalmente colposa) dei delitti contro la vita e l'incolumità, in caso di mancata attivazione degli interventi terapeutici necessari a salvaguardare la salute del paziente; b) di *fondamento di liceità* dell'attività terapeutica (v. più diffusamente *infra*, § 4).

La posizione di garanzia del medico nei confronti del paziente, inquadrabile tra quelle "di protezione", trova la sua fonte formale nell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 502/1992 (riordino della disciplina in materia sanitaria), che stabilisce a carico del personale del Servizio Sanitario Nazionale il compito di tutelare la salute dei cittadini, oppure nel contratto privato stipulato tra medico e paziente²⁹. L'effettiva estensione della posizione di garanzia spettante al singolo professionista deve essere determinata in base alla corrispondenza con un simmetrico potere impeditivo, in relazione alle sue specifiche competenze e al ruolo ricoperto nell'ambito dell'organizzazione sanitaria in cui opera (ricavabili dalla specifica disciplina contrattuale). Alla posizione di garanzia del medico si riconnette un articolato coacervo di obblighi, alla cui definizione in concreto concorre, nella cornice delle pratiche mediche autorizzate dall'ordinamento, il programma terapeutico individuale di volta in volta concordato con il singolo paziente capace di esprimere la propria volontà, in virtù della

²⁹ Sulla fonte legale o contrattuale della posizione di garanzia del medico, v., F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 277; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 183; G. VASSALLI, *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico*, in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1997, 747 ss. La giurisprudenza, peraltro in linea con un suo generalizzato e opinabile orientamento in materia di obblighi rilevanti *ex art.* 40, comma 2, c.p., tende ad individuare la fonte della posizione di garanzia spettante al personale sanitario, oltre che nella legge e nel contratto, anche in situazioni di mero fatto, v., ad es., di recente, Cass. pen., sez. V, 16.4.2008, Pres. Colonnese, Rel. Bruno, P.G. Santi Consolo.

vigenza, nel nostro ordinamento, del principio della necessaria consensualità dell'attività terapeutica (cfr. art. 1, l. n. 219/2017, che ne determina contenuto e forme).

In linea generale, gli obblighi spettanti al medico consistono essenzialmente: a) nella “presa in carico” del bene della salute del paziente; b) nell'esecuzione degli accertamenti diagnostici e clinici necessari alla scelta della terapia più indicata nel caso concreto, sia in termini di efficacia, sia in relazione alle possibili controindicazioni del singolo trattamento; c) nell'esecuzione della terapia; d) nella vigilanza sulle condizioni del paziente ricoverato e nell'eventuale tempestivo intervento in caso di sua motivata richiesta; e) nel fornire al paziente un'informazione³⁰ veritiera, completa, aggiornata e comprensibile (cfr. art. 1, comma 3, l. n. 219, cit.) – non potendosi altrimenti considerare la sua volontà libera né, pertanto, validamente espressa – sulle reali necessità di cura, le possibili alternative terapeutiche e il rapporto benefici/costi dei vari tipi di intervento, sul tipo di intervento o trattamento farmacologico che sarà praticato e le sue possibili conseguenze indesiderate e effetti avversi, nonché sugli eventuali ulteriori interventi, che potrebbero prevedibilmente rendersi necessari o opportuni al momento in cui il paziente non sia in grado di prestare il proprio consenso (es.: perché anestetizzato)³¹ (cfr. art. 1, comma 3, l. n. 219); f) nel rispettare la volontà attuale del paziente e astenersi dall'avvio o prosecuzione di una terapia determinata in caso di rifiuto della stessa o di revoca del consenso precedentemente manifestato (cfr. art. 1, comma 6, l. n. 219), ovvero la volontà espressa mediante *disposizioni anticipate di trattamento* (DAT), ai sensi e nelle forme dell'art. 4, l. n. 219, o risultanti dalla *pianificazione condivisa delle cure*, di cui all'art. 5 della stessa legge. Ciò, peraltro, dopo avere accertato con estrema cura l'autenticità e invincibilità della decisione del paziente, rappresentandogliene le conseguenze e, in caso di rifiuto di terapie salvifiche, dopo avere altresì prospettato i possibili interventi idonei a rendere più sopportabile il futuro paventato dal malato in caso di sopravvivenza (cfr. art. 1, comma 5, l. n. 219); g) nell'informare i collaboratori su tutte le circostanze rilevanti ai fini del loro intervento; h) nell'informarsi, presso il personale medico e paramedico, sulle condizioni del paziente, sia al momento dell'assunzione della posizione di garanzia, sia per tutta la durata del turno di lavoro, nonché nell'acquisire presso il paziente tutte le informazioni necessarie al fine di procedere con relativa sicurezza all'eventuale terapia (es.: presenza di allergie o patologie cardiache); i) nell'attuare gli interventi c.d. palliativi finalizzati ad alleviare le gravi sofferenze del paziente (cfr. l. 15.3.2010, n. 38, *Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla*

³⁰ Sulla problematica del consenso informato, v. essenzialmente, anche per ulteriori riferimenti: F. MANTOVANI, *Il consenso informato: pratiche consensuali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2000, 9 ss.; F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 377 ss.

³¹ Sul problema dell'*accertamento accidentale* di una patologia durante l'intervento chirurgico in anestesia, le condivisibili considerazioni di F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la persona*, cit., 60.

terapia del dolore; art. 2, l. n. 219), anche in caso di suo rifiuto dell'avvio o prosecuzione della terapia finalizzata a preservarne la vita, e anche qualora simili trattamenti, pur non potendosi individuare in essi la causa della morte, possano di fatto, come effetto secondario ma non voluto, ridurre in termini quantitativi l'aspettativa di sopravvivenza³². In proposito, l'art. 2, comma 2, l. n. 219, dispone esplicitamente che, in caso di paziente con prognosi infausta a breve termine o in imminenza della morte, in presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico possa ricorrere, con il consenso del paziente, alla sedazione palliativa profonda e continua in associazione con la terapia del dolore.

La violazione degli obblighi indicati può assumere rilevanza penale per il reato di omesso impedimento dell'evento, *ex* art. 40, comma 2 (es.: morte, in ragione del progressivo aggravamento della patologia in atto, del paziente ricoverato per mancata presa in carico da parte del medico di turno; aggravamento della patologia per omessa comunicazione della diagnosi) oppure integrare la componente omissiva di una condotta colposa attiva (es.: intervento eseguito senza procedere agli accertamenti diagnostici indispensabili; somministrazione di un farmaco senza tenere conto della dichiarazione del paziente di essere allergico allo stesso). In proposito va segnalata la diffusa tendenza giurisprudenziale a ricostruire in termini di causalità omissiva la responsabilità del medico per i reati contro la vita e l'incolumità anche in casi in cui l'omissione si attegga quale violazione di un obbligo di diligenza connesso alla condotta attiva, confondendosi l'omissione con la componente omissiva della colpa. In realtà, tra causalità attiva e omissiva sussiste un rapporto di alternative, essendo la prima ravvisabile ove l'agente ponga in essere un'azione pericolosa con violazione di un proprio obbligo di diligenza (es.: esecuzione di intervento chirurgico senza procedere ai necessari accertamenti diagnostici) e la seconda ove l'agente non ponga in essere alcuna azione pericolosa (es.: somministrazione di un farmaco inidoneo a curare ma innocuo) e l'evento sia imputabile alla violazione di un suo obbligo di garanzia (es.: morte dovuta a mancata esecuzione della terapia corretta)³³.

³² Sul punto, v. F. GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Pol. dir.*, 2003, 558 ss.; F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine vita*, in *Criminalia*, 2006, 69 s.

³³ Sul punto, v. F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 174 s. Cfr. anche Cass. pen., sez. IV, 10.1.2008, n. 840, che ammonisce a non "confondere tra il reato omissivo e le componenti omissive della colpa: i casi del medico che adotta una terapia errata (e quindi omette di somministrare quella corretta) o che dimette anticipatamente il paziente (e quindi omette di continuare a curarlo in ambito ospedaliero) non rientrano nella causalità omissiva ma in quella attiva" e dichiara potersi condividere l'orientamento "secondo cui, nell'ambito della responsabilità medica, avrebbe natura commissiva la condotta del medico che ha introdotto nel quadro clinico del paziente un fattore di rischio poi effettivamente concretizzatosi; sarebbe invece omissiva la condotta del sanitario che non abbia contrastato un rischio già presente nel quadro clinico del paziente".

4. Il problema del fondamento di liceità dell'attività terapeutica

L'insieme degli obblighi connessi alla posizione di garanzia degli esercenti le professioni sanitarie definisce e limita l'area di liceità dell'intervento terapeutico. In questo senso, anzitutto, l'obbligo di curare spettante al medico sembra poter costituire il fondamento generale di liceità dell'attività medico-chirurgica.

Come è noto, la ricerca teorica del fondamento di liceità dell'attività medica segue le due fondamentali vie alternative dell'*atipicità del fatto*, percorsa soprattutto dalla dottrina tedesca ed espressione di una nozione di tipicità aperta al momento valutativo, e dell'*assenza di anti giuridicità*, prevalente nella dottrina italiana ed espressione di una nozione di tipicità concepita in termini essenzialmente naturalistico-causali. Nessuna delle variegata ricostruzioni sviluppate nel solco delle due impostazioni di fondo sembra peraltro essere mai pervenuta ad esiti realmente conclusivi, come attesta l'indefinito protrarsi dei contrasti in materia. Comune *punctum dolens* delle diverse elaborazioni appare la problematica sistemazione, al loro interno, del fondamentale requisito del consenso informato del paziente, imprescindibile per la liceità dell'atto medico³⁴, in quanto "vero e proprio diritto della persona"³⁵, espressamente garantito dalla disciplina vigente³⁶, ma che aveva giocato un ruolo marginale nella genesi delle varie tesi, perlopiù risalenti al tempo in cui dominava pressoché incontrastata la concezione c.d. *paternalistica* del rapporto medico-paziente. E, in effetti, un sommario esame dell'evoluzione teorica³⁷, rivela che

³⁴ L'emersione a livello teorico del c.d. principio del consenso informato si deve principalmente alla riflessione, sviluppata in molteplici scritti, di F. MANTOVANI, tra cui v. essenzialmente: *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974; Id., *Il consenso informato: pratiche consensuali*, cit., 9; Id., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 267, 277; Id., *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la persona*, cit., 58 ss.

³⁵ Cfr.: Corte cost., sent. 23 dicembre 2008, n. 438, in *Giur. cost.*, 2008, 4945.

³⁶ Il principio del consenso, ora chiaramente consacrato e disciplinato dall'art. 1, l. n. 219/2017, trova fondamento a livello costituzionale negli artt. 13 e 32 Cost., ed era peraltro già da tempo recepito dal diritto interno (v.: art. 33, comma 1, l. 23.12.1978, n. 833 sull'"istituzione del Servizio Sanitario Nazionale"; art. 1, comma 1, l. 13.5.1978, n. 180, in materia di "accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori"; art. 5, comma 3, l. 5.6.1990, n. 135 recante il "programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'AIDS"; art. 3, comma 2, l. 21.10.2005, n. 219, recante la "nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati", l. 28.3.2001, n. 145, di ratifica della Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina) e sancito a livello internazionale v.: art. 5, Convenzione di Oviedo del 1997; art. 3, Carta c.d. di Nizza, dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000. Esso risulta inoltre espressamente riconosciuto dal nuovo codice di deontologia medica del 2006 (v., in particolare, l'art. 35); sul punto v. F. ANGIONI, *Il nuovo codice di deontologia medica*, in *Criminalia*, 2007, 277 ss. e in particolare, sul consenso informato, 280-283.

³⁷ Per una ricognizione, anche a livello comparatistico, delle tesi susseguitesesi nel tempo sul fondamento di liceità del trattamento medico-chirurgico, v., per tutti, A. MANNA, *Profili penali del trattamento medico-chirurgico*, cit., 3 ss.; per un'analisi critica di dette tesi, v. di recente: I. LEONCINI, *Obbligo di curare e liceità dell'atto medico*, in AA.VV., *Medicina e diritto penale*, a cura di S. Canestrari-F. Giunta-R. Guerrini-T. Padovani, Pisa, 2009, 50 ss.

l'attuale tentativo di valorizzazione del consenso appare spesso il frutto di rimaneggiamenti di paradigmi precostituiti, destinato, forse ineluttabilmente, a infrangerne, in modo più o meno vistoso, la coerenza dogmatica. Le difficoltà teoriche evidenziate si debbono probabilmente proprio alla vecchia visione paternalistica che, spesso a dispetto delle intenzioni, ancora permea e in qualche misura plasma gli schemi teorici proposti, e non più sostenibile alla luce del principio del consenso e del nuovo modello di relazione terapeutica intesa come *alleanza* tra medico e paziente, positivizzata dall'art. 1, comma 2, l. n. 219/2017, ed esplicitamente promossa e valorizzata dalla legge quale *relazione di cura e di fiducia*, basata su un consenso informato che sia effettivo e non rischi di ridursi, come spesso in passato, ad una acquisizione meramente formale (particolarmente significativo in questo senso appare il riconoscimento che il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce *tempo di cura*, art. 1, comma 8). A tale inconveniente fanno apparentemente eccezione quelle tesi emergenti sulla scia di spinte "libertarie" provenienti da certi settori della società che, muovendo dal c.d. *principio di autodeterminazione*, assumono quale fondamento esclusivo della liceità dell'atto medico proprio il solo consenso dell'avente diritto, inteso come scriminante o come fattore di esclusione della tipicità. Tuttavia, neppure queste ultime riescono a fornire una soluzione realmente appagante. Anzitutto perché inconciliabili, come meglio vedremo *infra*, con il diritto positivo vigente; secondariamente perché esposte al rischio di indebolire la doverosa tutela dei beni fondamentali, costituzionalmente garantiti, sia della vita e integrità fisica dalle aggressioni di terzi, sia di una autodeterminazione *autentica*, che non si esaurisca in una contingente dichiarazione esteriore, non realmente libera e consapevole, ma fortemente condizionata da stati emotivi, disinformazione, o condizioni di sofferenza e abbandono del malato.

Più in particolare, inadeguate appaiono anzitutto le tesi che, sulla scorta della teoria della *soziale Adäquanz*, ricercano il fondamento di liceità dell'attività medico chirurgica nell'atipicità del fatto, facendo leva alternativamente o sulla *intrinseca liceità* dell'atto medico, in ragione del suo alto valore sociale, oppure sull'asserita *carezza dell'evento tipico* "malattia" delle lesioni personali (peraltro affermata in contrasto con l'evidenza naturalistica e l'incontestabile sofferenza sopportata dal paziente), non potendosi considerare tali gli effetti della lesione chirurgica o il decorso postoperatorio³⁸, in quanto oggettivamente volti a rimuovere, e non già a cagionare, uno stato patologico. Pur differenziandosi parzialmente sotto il profilo tecnico e distinguendo alcuni autori a seconda dell'esito fausto (che renderebbe atipico il fatto) o infausto (che lo renderebbe non punibile per assenza di dolo o colpa) dell'intervento, l'insieme delle tesi ricordate risulta apparentato dalla matrice culturale e dalla sostanziale affinità degli esiti pratici. Sottesa ad esse, è infatti l'idea, da sempre avanzata e periodicamente risorgente, secondo cui l'attività medica *in quanto tale* godrebbe di una sorta di autolegittimazione oggettiva, in ragione della

³⁸ In questo senso, A. MANNA, *Profili penali del trattamento medico-chirurgico*, cit., 6.

nobiltà del suo scopo³⁹. Un'idea che è andata via via prendendo diverse forme (ora con la teoria dell'atipicità del fatto, ora con la tesi della c.d. scriminante tacita) e che ha di recente trovato rinnovato favore in certe pronunce di legittimità, che segnano una chiara involuzione rispetto ai principi precedentemente affermati in materia di rilievo del consenso del paziente⁴⁰.

Dalla premessa della liceità come carattere *connaturato* all'esercizio dell'arte medica in sé e per sé, sulla quale poggia l'insieme delle ricostruzioni ora ricordate, fatalmente discende la legittimazione teorica della vecchia concezione paternalistica, con l'esaltazione del ruolo del medico e la parallela svalutazione di quello del paziente nella scelta terapeutica e, conseguentemente, anche la legittimazione del c.d. intervento medico arbitrario, operato senza il consenso o, addirittura, contro il dissenso del malato, ogniqualvolta esso sia finalizzato al miglioramento della salute (in base al c.d. principio di *beneficialità*), da valutarsi, evidentemente, in base all'insindacabile giudizio della scienza medica, secondo una visione ormai inaccettabile sul piano culturale, e del diritto positivo vigente, ponendosi in contraddizione, sia con le statuizioni costituzionali in materia di libertà individuale e di cura, *ex artt.* 13 e 32, sia con tutta quella serie di norme ordinarie, che sanciscono la necessaria consensualità dell'intervento medico legittimo. Inefficaci, dunque, pur se condivisibili nelle intenzioni, appaiono i tentativi di una parte dei sostenitori dell'impostazione in esame di subordinare la liceità dell'atto medico *anche* al consenso del

³⁹ V., pur sulla base di diverse ricostruzioni dogmatiche, tra gli altri, F. GRISPIGNI, *La liceità giuridico-penale del trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1914, I, 449 ss.; P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947, 128; A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955, 5; H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin, 1956, 108 ss., 227 ss.; EB. SCHMIDT, *Der Arzt im Strafrecht*, in A. PONSOLD, *Lehrbuch der gerichtlichen Medizin*, Stuttgart, 1957, 34 s.; C. FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966, 126; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 317; G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1973, 298. Cfr. anche G. VASSALLI, *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico*, cit., 747 ss., che esplicitamente si richiama all'impostazione di Eb. Schmidt. Nella dottrina contemporanea, cfr., ad es., M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, I*, cit., 532; un'analoga visione è implicitamente sottesa all'impostazione di F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, cit., 309, secondo il quale la liceità del trattamento medico-chirurgico a scopi terapeutici "sembrerebbe dimostrata dall'esperienza storica" per la sua "continua valutazione positiva", sicché in materia il problema non sarebbe "certo quello della sua liceità in quanto tale", bensì unicamente quello dei suoi limiti; A. MANNA, *Profili penali del trattamento medico-chirurgico*, cit., *passim*, il quale peraltro, pur traendo dichiaratamente ispirazione dalla teoria dell'adeguatezza sociale, vista come limite alla tipicità del fatto, subordina la liceità dell'atto medico al consenso del paziente; G. IADECOLA, *Ancora in tema di rilevanza penale del consenso (e del dissenso) del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, in *Cass. pen.*, 2003, 2659 ss.

⁴⁰ V. Cass. civ., sez. III, 15.1.1997, in *Foro it.*, 1997, I, 771; Cass. pen., sez. IV, 11.7.2001, Firenzani, in *Cass. pen.*, 2002, 2041; e soprattutto Cass. pen., sez. I, 29.5.2002, Volterrani, cit., che, restringendo il rilievo in ambito penale della volontà del paziente al solo "dissenso esplicito", di fatto legittima l'intervento medico arbitrario, e Cass. pen., sez. un., 18.12.2008, rv. 241752, in *Cass. pen.*, 2009, 1793, con nota di F. Viganò, *ivi*, 1811. Sul punto, v.: F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 181.

paziente, per l'assenza di una plausibile giustificazione teorica all'inserimento del requisito dopo avere affermato che l'atto medico è già *in sé atipico*.

Parimenti inadeguate appaiono altresì le soluzioni fondate sull'assenza di anti-giuridicità del trattamento medico, rivelandosi ciascuna delle scriminanti codificate in sé insufficiente a legittimare l'attività terapeutica, in quanto tutte concepite in funzione della risoluzione di un conflitto tra interessi facenti capo a soggetti diversi, assente nel campo dell'attività terapeutica.

Inapplicabili appaiono infatti, anzitutto, gli artt. 51 e 54, in ragione dell'irrimediabile estraneità o addirittura incompatibilità dell'elemento del consenso di chi subisce l'azione giustificata rispetto alle figure ivi previste.

Quanto al *soccorso di necessità*⁴¹ – che, tra l'altro, mai potrebbe rappresentare il fondamento generale di liceità dell'attività medica, ma, al più, la giustificazione del solo intervento d'urgenza, diretto a salvaguardare il paziente dal pericolo attuale di un danno grave alla persona non altrimenti evitabile (con esclusione pertanto degli interventi programmati ma rinviabili, degli accertamenti diagnostici invasivi, degli interventi volti a migliorare le condizioni di salute non indispensabili per la conservazione della vita e salute) –, contro la sua possibile operatività⁴² militano insuperabili argomenti: a) la figura dell'art. 54 è chiaramente concepita con riferimento alle offese arrecate ai beni di

⁴¹ In dottrina e in giurisprudenza è tuttora frequente l'affermazione, secondo cui l'intervento medico salvavita, o anche solo indispensabile per evitare una diminuzione permanente dell'integrità fisica, risulterebbe scriminato, direttamente in base all'art. 54, oppure tramite una sua estensione analogica alla figura non codificata della "necessità medica", in caso di mancato consenso del paziente incapace di prestarlo e, addirittura, di dissenso da lui esplicitamente manifestato; v., ad es., M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, cit., 539; L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, 732, 736 s., secondo cui, in deroga all'obbligo del consenso, l'art. 54 potrebbe operare in ipotesi di intervento improcrastinabile, diretto a scongiurare non solo un pericolo di vita, ma anche il pericolo di una diminuzione permanente dell'integrità fisica, coprendo sia l'ipotesi di intervento praticato su soggetto incosciente, sia quella di intervento praticato contro la volontà di chi lo riceve. In senso analogo, G. IADECOLA, *Il trattamento medico chirurgico di emergenza ed il dissenso del paziente*, in *Giust. pen.*, 1989, 126; Id., *Potestà di curare e consenso del paziente*, Padova, 1998, 89 ss., 111; G. IADECOLA-A. FIORI, *Stato di necessità medica, consenso del paziente e dei familiari, cosiddetto "diritto di morire", criteri per l'accertamento del nesso di causalità*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, 310 ss.; G. BARBUTO, *Alcune considerazioni in tema di consenso dell'avente diritto e trattamento medico-chirurgico*, in *Cass. pen.*, 2003, I, 327 ss.; M. PELISSERO, *L'intervento medico in assenza di consenso, riflessi penali incerti e dilemmi etici*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 380. In giurisprudenza, l'affermazione della necessità, di regola, del consenso del paziente è molto spesso affiancata dall'inciso "salvo il caso di necessità", anche quando il richiamo non risulti pertinente rispetto al caso concreto. Esplicitamente sull'applicabilità dell'art. 54 con riferimento a interventi eseguiti in via di urgenza e in caso di necessità, malgrado il dissenso del paziente, v. *Cass. pen.*, sez. IV, 9.3.2001, Barese, in *Cass. pen.*, 2002, 517. Per un tentativo, a nostro avviso impossibile, di conciliare il consenso con lo stato di necessità, v. A. MANNA, *Profili penali del trattamento medico-chirurgico*, cit., 42.

⁴² Sull'inapplicabilità dell'art. 54, per l'inadeguatezza sul piano teorico e le inaccettabili ricadute pratiche, v. per tutti: F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 267; G. VASSALLI, *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico*, cit., 766 s.; I. LEONCINI, *Obbligo di curare e liceità dell'atto medico*, cit., 52 ss.