



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto
Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

Anno Accademico 2023/2024

**IL CONSENSO DELL'AVENTE DIRITTO AI SENSI
DELL'ART. 50 C.P. E LA SUA APPLICAZIONE
IN AMBITO SANITARIO E SPORTIVO**

Relatore: Ch.mo Prof. Enrico Mario Ambrosetti

Laureanda: Eleonora Codognotto

Matricola n. 1231787

A me stessa,
la mia determinazione
e la mia fame di conoscenza.

Al diritto,
ponte tra ideale e reale
tra ciò che si è
e ciò che si aspira a diventare.

“Ama il tuo sogno se pur ti tormenta”

- Gabriele D’Annunzio

INDICE

INTRODUZIONE.....	1
CAPITOLO 1: IL CONSENSO DELL’AVENTE DIRITTO	7
1.1 Definizione e profili generali.....	7
1.1.2 Evoluzione del concetto di consenso	9
1.2 La collocazione sistematica del consenso nel diritto penale	10
1.2.1 I requisiti di validità del consenso	13
1.2.2 Il consenso dell’avente diritto: una figura poliedrica	19
1.2.3 Il bilanciamento “interno” di interessi.....	24
1.3 Il consenso dell’avente diritto nel diritto civile	29
1.3.1 (<i>Segue</i>) Cassazione civile, sez. III, 24/02/1997, n. 1682.....	31
1.4 Consenso e diritto all’autodeterminazione	32
1.4.1 Rapporto tra consenso e libertà di autodeterminazione	34
1.4.2 Rilevanza costituzionale	37
1.4.2.1 La rilevanza del consenso nel diritto penale spagnolo	39
1.4.2.2 L’opinione statunitense.....	43
1.4.3 Limiti alla libertà di autodeterminazione.....	46
CAPITOLO 2: CONSENSO INFORMATO IN AMBITO SANITARIO .	51
2.1 Cenni storici ed evoluzione dell’istituto	51
2.1.1 Dall’ “ <i>informed consent</i> ” del 1957	55
2.1.2 ... alla Legge 219 del 2017.....	59
2.2 Consenso informato e responsabilità medica	62

2.2.1 I requisiti del consenso informato.....	62
2.2.2 Gli obblighi informativi del medico	64
2.2.2.1 Le disposizioni anticipate di trattamento	67
2.2.2.2 La responsabilità civile per inadempimento	70
2.2.3 Il ruolo dell'art. 590- <i>sexies</i> c.p.	77
2.3 La rilevanza del consenso informato nel diritto penale	81
2.3.1 L'inquadramento basato sulle cause di giustificazione ex artt. 50-54 c.p.....	82
2.3.2 Il differente approccio dottrinale	89
2.3.3 L'analisi degli interventi giurisprudenziali.....	93
2.3.3.1 Il recepimento del principio di “ <i>autolegittimazione dell'attività medica</i> ”	96
2.3.3.2 La giurisprudenza di legittimità sul consenso informato quale “ <i>vero e proprio diritto della persona</i> ”	103
CAPITOLO 3: CONSENSO COME SCRIMINANTE SPORTIVA.....	111
3.1 I tentativi di individuazione del fondamento di liceità per i fatti commessi in ambienti sportivi.....	111
3.1.1 Il ruolo dell'art. 50 c.p.	118
3.1.2 L'approccio giurisprudenziale.....	120
3.1.2.1 Una soluzione innovativa.....	126
CONCLUSIONI.....	133
BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA	141
GIURISPRUDENZA	153

INTRODUZIONE

Si propone con il presente elaborato una riflessione sulla dinamica applicativa dell'istituto del consenso dell'avente diritto, disciplinato dall'art. 50 c.p. Esso fa riferimento ad una particolare fattispecie nella quale non viene configurata la responsabilità penale in capo all'autore di una condotta in grado di ledere o di porre in pericolo un bene giuridico appartenente ad un altro soggetto. Ciò in forza dell'esistenza del consenso validamente prestato da quest'ultimo.

Tuttavia, pur essendo sistematicamente collocato dall'ordinamento nel novero delle cause di giustificazione, tale istituto riporta alcune caratteristiche che lo contraddistinguono. In particolare, nonostante le altre scriminanti individuino il proprio fondamento in un bilanciamento di interessi, per quanto concerne il consenso dell'avente diritto, tale aspetto non risulta pacifico. Infatti, oltre a chi ravvisa un bilanciamento di interessi contrapposti anche con riferimento a tale istituto¹, vi è chi sostiene un diverso orientamento per cui la *ratio* si sostanzia nell'insussistenza di un interesse del titolare del bene giuridico alla tutela dello stesso, da cui consegue il venir meno dell'interesse dell'ordinamento alla salvaguardia di esso².

Inoltre, le peculiarità rispetto alle differenti scriminanti previste dalla legge discendono soprattutto dal fatto che il consenso dell'avente diritto, in accoglimento della prima impostazione, ravviserebbe un bilanciamento "interno" di interessi confliggenti, nel senso che essi non apparterrebbero

¹ In particolare, il bilanciamento verrebbe eseguito tra l'interesse dell'ordinamento alla salvaguardia dei beni giuridici e la libertà di autodeterminazione degli individui costituzionalmente ricavabile dagli artt. 2, 13 e 32 Cost. ROMANO M., *Commentario sistematico del Codice penale*, Milano, 2006, 529.

² MANTOVANI F., *Diritto penale – Parte generale*, Padova, 2023, 255.

distintamente all'autore della condotta e a colui che la subisce, bensì farebbero entrambi capo al soggetto che nella fattispecie presta il proprio consenso all'attuazione della condotta da parte dell'agente. A tal proposito, l'analisi verterà sugli aspetti concernenti l'invocazione dell'istituto del consenso dell'avente diritto in riferimento a due ambiti all'interno dei quali, oggigiorno, tale tipologia di conflitti appare maggiormente riscontrabile, ovverossia quello sanitario e quello sportivo.

Il primo capitolo si occuperà, in *primis*, di effettuare alcune osservazioni preliminari circa il concetto generale di consenso e l'evoluzione che esso ha subito nel corso degli anni. Si arriverà poi ad analizzare la collocazione sistematica del consenso dell'avente diritto all'interno del diritto penale. Verrà, in particolare, analizzata la conflittualità intercorrente tra la teoria bipartita e la teoria tripartita del reato, in relazione alla concezione del consenso dell'avente diritto, quale causa di esclusione del fatto tipico o di esclusione dell'antigiuridicità della condotta³. Inoltre, ci si concentrerà sui requisiti che il consenso deve rispettare al fine di configurare la fattispecie di cui all'art. 50 c.p.⁴ Infine, verrà posto il *focus* sul legame intercorrente tra l'istituto del consenso dell'avente diritto e il diritto all'autodeterminazione degli individui. A tal proposito si aprirà una parentesi sommaria sull'ordinamento spagnolo e statunitense al fine di risaltare la rilevanza costituzionale di tale libertà anche al di fuori dai confini nazionali⁵. Con la

³ FIANDACA G., *Intorno a dottrine e interpretazione penalistiche dal Codice penale Rocco a oggi*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2023, 1279.

⁴ In particolare, seguendo l'impostazione dottrinale: FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale Parte generale*, Bologna 2024, 283; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale – Parte generale*, Milano, 2003, 294; COCCO G., AMBROSETTI E. M., *Manuale di diritto penale, Parte generale. Il reato*, Padova, 2017, 167.

⁵ TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, 57 ss.

conseguente analisi dei limiti sanciti dall'ordinamento in relazione alla libertà di autodeterminarsi, in particolare attraverso l'art. 5 c.c.

Il secondo capitolo si concentrerà sull'applicabilità dell'istituto in relazione all'attività medico-chirurgica, in particolare, considerando la possibilità di costituire un fondamento di liceità della condotta del medico. Infatti, come si vedrà, il consenso acquisì valore inestimabile in tale ambito a partire dalla fine del Novecento, quando in Italia, a causa di un forte condizionamento anglosassone, si iniziò a percepire la necessità di valorizzare i diritti e le libertà costituzionali del paziente nei suoi rapporti con il medico. L'importazione di questo principio di matrice statunitense, tuttavia, avvenne piuttosto rapidamente. Con la conseguenza per cui l'ordinamento italiano fu improvvisamente investito del compito di attribuire, all'atto di manifestazione della volontà proveniente dal paziente, un'adeguata regolamentazione. I dubbi rimangono molteplici nonostante i numerosi interventi della Corte di legittimità e della Corte costituzionale. In riferimento a questi ultimi, in particolare, verrà affrontato il tema circa l'attribuibilità di un carattere costituzionale al consenso prestato dal paziente, nella misura in cui esso discenderebbe direttamente dai sopracitati artt. 2, 13 e 32 Cost.⁶ Si analizzerà, dunque, il ruolo del consenso in ambito sanitario (il cd. consenso informato) e la sua rilevanza in riferimento al diritto penale⁷. Nello specifico, si cercherà di fornire una risposta alla domanda: Il consenso informato può dirsi elemento sufficiente a legittimare l'attività medico-chirurgica? Inoltre: che grado di responsabilità incomberebbe sul medico qualora dovesse agire in violazione di tale principio? Infine, soprattutto: il

⁶ Corte cost., 23/12/2008, n. 438, in *Ragiusan*, 2009, 266.

⁷ COCCO G., AMBROSETTI E. M., *Manuale di diritto penale*, cit., 171 ss.

consenso informato riscontrabile in ambito sanitario può ricollegarsi alla scriminante tipica prevista dall'art. 50 c.p.?

Il terzo capitolo affronterà un'ulteriore problematica relativa al consenso dell'avente diritto, la quale fa riferimento alla possibilità di configurarlo quale scriminante in ambito sportivo. *In primis*, l'istituto può costituire un fondamento di legittimazione della condotta adottata dall'atleta nel corso del gioco? Inoltre, qualora tale impostazione non risultasse accoglibile, quali elementi della fattispecie sportiva potrebbero considerarsi rilevanti al fine di affermare la liceità della condotta? Apparirà chiaro, dopo aver passato in rassegna diversi orientamenti dottrinali e interventi della Suprema Corte, che l'interrogativo concernente il fondamento di legittimità della condotta sportiva risulta essere un tema particolarmente dibattuto ancora oggi.

Pertanto, l'obiettivo di questo elaborato è quello di analizzare l'istituto del consenso dell'avente diritto e le problematiche scaturenti dai suoi tentativi di applicazione, declinando tali considerazioni, come detto, in relazione alle attività sanitarie e sportive. Tale ricerca appare necessaria al fine di far emergere quanto la tradizionale collocazione sistematica dell'istituto si riveli, oggi, limitativa. Verranno analizzati gli aspetti per cui tale inquadramento sembrerebbe incompatibile con tutte le diverse sfaccettature acquisite, nel corso degli anni, dalla libertà del soggetto di disporre di un diritto rientrante nella propria titolarità.

Si tratta, infatti, di una problematica attuale essendo essa conseguente ai recenti sviluppi verificatisi nell'ordinamento giuridico in relazione, *in primis*, alla rilevanza acquisita dal consenso prestato dal paziente ai fini della legittimità dell'intervento medico. Allo stesso modo, l'attualità del conflitto dottrinale e giurisprudenziale, in relazione alla necessità di scriminare la condotta posta in essere dall'atleta nel corso di una competizione, discende

dall'importanza che l'ordinamento ha conferito all'attività sportiva negli ultimi anni.

Sarà dunque ravvisabile, al termine di questa analisi, un discostamento, operato dalla più recente dottrina e giurisprudenza, dalle tradizionali impostazioni che sostenevano l'applicabilità del consenso dell'avente diritto quale scriminante in tutte le ipotesi in cui risulta operare il consenso prestato dal titolare del bene giuridico leso. Con la conseguenza per cui, in particolare per quanto concerne le due categorie di attività analizzate, non risulterebbe più sufficiente una verifica circa la sussistenza di un consenso validamente prestato. Tale accertamento, al fine di configurare la liceità della condotta dell'agente, ricadrebbe su una molteplicità di ulteriori fattori rinvenibili a seconda del caso concreto⁸, la cui individuazione è ancor oggi oggetto di dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

⁸ A titolo esemplificativo, è possibile richiamare l'intervento della Cass. pen., SS. UU., 18/12/2008, n. 2437, con nota di FIANDACA G., *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Foro It.*, 2009, 311. Con tale pronuncia, viene stabilita la legittimità dell'intervento sanitario, seppure effettuato in assenza di un consenso validamente prestato dal paziente, qualora il medico operante avesse agito nel rispetto delle *legis artis* dettate dalla disciplina di settore e l'esito dell'operazione si fosse rivelato fausto. Dunque, in questo caso, la Corte prescinde dall'esistenza del consenso per dare priorità ad ulteriori elementi ravvisati nel caso concreto, ovvero sia l'aver agito nel rispetto del regolamento e la positività dell'esito dell'intervento.

CAPITOLO 1: IL CONSENSO DELL'AVENTE DIRITTO

SOMMARIO: 1.1. Definizione e profili generali. – 1.1.1 Evoluzione del concetto di consenso. - 1.2 La collocazione sistematica del consenso nel diritto penale. – 1.2.1 I requisiti di validità del consenso. – 1.2.2 Il consenso dell'avente diritto: una figura poliedrica. – 1.2.3 Il bilanciamento "interno" di interessi. - 1.3 Il consenso dell'avente diritto nel diritto civile. – 1.3.1 (*Segue*) Cassazione Civile, sez. III, 24/02/1997, n. 1682. – 1.4 Consenso e diritto all'autodeterminazione. – 1.4.1 Rapporto tra consenso e libertà di autodeterminazione. – 1.4.2 Rilevanza costituzionale. – 1.4.2.1 La rilevanza del consenso nel diritto penale spagnolo. – 1.4.2.2 L'opinione statunitense. – 1.4.3 Limiti alla libertà di autodeterminazione.

1.1 Definizione e profili generali

Il termine "consenso", dal latino *cōnsēsus*⁹, indica l'espressione di volontà proveniente da un soggetto il quale, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, accetta che si realizzi una determinata azione, che si giunga ad una specifica decisione, ovvero che si sottoponga il soggetto stesso ad un particolare trattamento.

Nella realtà sociale, l'elemento del consenso innesca un vero e proprio meccanismo di causa-effetto in cui, a seguito della sua concessione, si possono verificare una serie di effetti incidenti nella sfera personale del soggetto di cui è richiesta tale manifestazione di volontà. Il consenso, inoltre, acquista un importante rilievo in molteplici discipline, in quanto funge da legittimazione ai fini dello svolgimento di attività specifiche che vedono coinvolta la persona chiamata a prestarlo. In particolare, possiamo fare riferimento alla sua importanza in ambito sanitario; è essenziale il consenso del paziente per consentirgli di comprendere le procedure, i rischi e le eventuali alternative di trattamento. Infatti, a tal proposito, assume valenza di "*conditio sine qua non*" per poter proseguire in diversi interventi medico-

⁹ Unione delle due parole *cum* e *sentire*. Etimologicamente, consenso vuol dire "sentire insieme".

chirurgici. Inoltre, il consenso è sicuramente cruciale in ambito legale, ai fini della validità dei contratti stipulati tra privati, per permettere loro di trasferire diritti e obblighi nel rispetto del principio di autonomia in sede contrattuale previsto dall'art. 1322 c.c. Senza dubbio, la sua importanza si estende anche a tutte le relazioni interpersonali e, soprattutto, alle relazioni intime; in detto ambito, infatti l'assenza del consenso può rilevare ai fini dell'integrazione del reato di violenza sessuale ovvero di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti di cui agli artt. 609-bis c.p. e 612-ter c.p., con conseguenti danni fisici e psicologici che ne derivano in capo a chi la subisce. Non solo, con la crescente digitalizzazione, il consenso assume nuove forme, come l'accettazione dei termini di servizio o la gestione delle informazioni personali. Il consenso, per l'appunto, è una delle sei basi giuridiche previste dal GDPR¹⁰, il quale lo definisce all'art. 4 lett. 11 come:

“Qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica e informata dell'interessato, con la quale lo stesso esprime il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, al trattamento dei dati personali che lo riguardano.”

¹⁰ Regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

1.1.2 Evoluzione del concetto di consenso

Fin dall'antichità, il concetto di consenso viene utilizzato prevalentemente a scopi politici, in particolare, per definire l'accordo dei componenti di un determinato sistema sociale. Questo strumento è stato, dunque, fondamentale per determinare gli obiettivi delle politiche e ha avuto un ruolo importante nell'evoluzione dell'opinione pubblica, facendole acquisire maggiore rilevanza nel corso degli anni. Ciò viene dimostrato dal fatto che già l'Ex Ministro degli affari esteri del Governo francese A. de Tocqueville, nel 1835, ce ne illustra l'importanza nel suo saggio "*La democrazia in America*" pubblicato in due volumi tra il 1835 e il 1840; nel testo, l'autore riflette sul futuro degli Stati Uniti come prima repubblica democratica¹¹. Segue Auguste Comte, pioniere della sociologia, che definisce il consenso un fattore essenziale per il mantenimento dell'equilibrio all'interno di un dato sistema sociale¹². Émile Durkheim, sociologo e antropologo francese, invece, sostiene il primato della società rispetto all'individuo, il quale, ai fini del raggiungimento dell'ordine sociale, deve sottostare alle leggi, all'educazione e all'orientamento; in tale scenario, il consenso acquista una funzione di omogeneità culturale. Durkheim è il padre del funzionalismo, una teoria strutturalista che vede il consenso come una risorsa per la stabilità sociale¹³, così come il sociologo statunitense Talcott Parsons, il quale auspica che il

¹¹ DE TOCQUEVILLE A., *Democracy in America*, Londra, 1835-1840, *passim* (trad. it. TOSI S., *La democrazia in America*, Bologna, 1957).

¹² COMTE A., *Système de politique positive*, Parigi, 1851-1854, Libro VI.

¹³ DURKHEIM E., *Du la division du travail social*, Parigi, 1893, Libro I (trad. it. NAMER F. A., *La divisione del lavoro sociale*, Milano, 2016).

sistema sociale, attraverso una serie di regole di comportamento, possa garantire stabilità e coesione¹⁴.

Esistono poi delle visioni alternative, come quella di Max Weber, sociologo e giurista tedesco, secondo il quale l'agire sociale non può essere ridotto a un comportamento uniforme, ma deve essere indirizzato al raggiungimento di obiettivi specifici da parte degli individui, mentre Raymond Boudon, sociologo liberale francese, sostiene che il consenso può essere il prodotto di interazioni volontarie e accordi tra individui autonomi, ma allo stesso tempo anche una mera conformità alle norme dominanti¹⁵. Infine, per trovare una soluzione neutrale, possiamo fare riferimento al pensiero del sociologo e critico letterario statunitense Richard Sennett, il quale parla dell'importanza di ripensare al consenso in chiave dinamica e relazionale, evidenziando come il rispetto debba divenire principio essenziale per mantenere un "ordine sinfonico" all'interno di una società pluralista¹⁶.

1.2 La collocazione sistematica del consenso nel diritto penale

La nozione di consenso riveste un ruolo di particolare rilievo nel nostro ordinamento penale. In particolare, nel Codice penale del 1930, lo si ritrova collocato all'art. 50, Libro I "Dei reati in generale", Titolo III "Del reato". La collocazione dogmatica del consenso dell'avente diritto avviene tra le cause di giustificazione, ovvero sia particolari situazioni in presenza delle quali un fatto, pur essendo tipico, non è dotato del carattere

¹⁴ PEARSONS T., *The social system*, Londra, 1951, *passim* (trad. it. COTTINO A. *Il Sistema sociale*, Milano, 1965).

¹⁵ BOUDON R., *La logique du social*, Parigi, 1979, *passim* (trad. it. PLAZIO G., *La logica del sociale*, Milano, 1980).

¹⁶ SENNETT R., *Respect in a world of inequality*, New York, 2003, *passim*. (trad. it. *Rispetto: La dignità umana in un mondo di diseguali*, Bologna, 2004).

dell'antigiuridicità, perché consentito o imposto dalla legge. Oltre alla scriminante ex art. 50 c.p., possiamo fare riferimento ad altre cause di giustificazione contemplate nel Codice penale: esercizio del diritto (art. 51 c.p.), adempimento del dovere (art. 51 c.p.), legittima difesa (art. 52, co. 1 c.p.), uso legittimo delle armi (art. 53 c.p.), stato di necessità (art. 54 c.p.).

Le cause di giustificazione vanno distinte dalle cause di non punibilità, le quali si riferiscono a specifiche situazioni in presenza delle quali il reato non viene escluso, ma, per ragioni di mera opportunità, l'ordinamento ritiene di non dover applicare alcuna forma di sanzione penale. L'art. 50 c.p. prevede che:

“Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto col consenso della persona che può validamente disporre.”

Secondo la dottrina dominante¹⁷ il consenso oggi può essere considerato un vero e proprio atto giuridico in senso stretto caratterizzato dall'esercizio della libertà di disporre di un proprio bene della vita da parte del consenziente¹⁸. Questo fa in modo che, immediata conseguenza dell'esercizio di tale facoltà da parte del suo proprietario sia proprio l'esclusione dell'antigiuridicità del

¹⁷ V. *ex multis*: ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit.; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit.; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit.; MAGGIORE G., *Lezioni di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 1937; DI MARSICO A., *Diritto penale. Parte generale*, Napoli, 1935; BATTAGLINI G., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Padova 1949; RANIERI S., *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 1968.

¹⁸ Nella realtà, oltre alla parte dominante della dottrina che esclude il carattere negoziale del consenso, esistono altri orientamenti che contribuiscono alla realizzazione di un vero e proprio conflitto dottrinale sulla configurabilità del consenso come negozio giuridico o come atto giuridico in senso stretto. A tal proposito, ci si è innanzitutto interrogati sulla distinzione concettuale delle due tipologie di atto; tuttavia, non è stato possibile trovare una soluzione intermedia, dunque, sono stati elaborati diversi criteri distintivi. Primo fra tutti il criterio degli effetti giuridici prodotti dall'atto, in base al quale, negli atti giuridici in senso stretto, gli effetti che ne conseguono sono sempre predeterminati ab origine dall'ordinamento giuridico, al contrario, per quanto riguarda i negozi giuridici, il soggetto si trova sempre nella posizione di scegliere quali effetti giuridici possono verificarsi in capo a sé. Cfr. CISIANO P., *Atto giuridico*, Torino, 2003, 150.

fatto¹⁹. Tuttavia, è bene ricordare che, dato il carattere revocabile riferibile al consenso nelle situazioni penalmente rilevanti, esso non può essere considerato un negozio giuridico. Dunque, il soggetto agente, non acquisisce alcun diritto e, allo stesso modo, l'aveute diritto non sarà in alcun modo vincolato dal consenso prestato²⁰.

Il carattere scriminante che il consenso sembra acquisire alla luce del sistema normativo sancito dal Codice penale vigente non veniva, invece, considerato nel precedente Codice Zanardelli (1890). Questo perché il fondamento e la natura della collocazione del consenso all'interno del sistema penale, come si vedrà in seguito, sono sempre apparsi temi particolarmente discussi in dottrina e in giurisprudenza.

Ciò che accomuna i vari passaggi verificatisi prima di giungere ad un'opinione prevalente è sicuramente la presenza di un bilanciamento di interessi, il quale diviene necessario – secondo la maggior parte delle opinioni susseguitesi nel tempo – ai fini di dare un fondamento all'istituto in esame. Bilanciamento che, secondo l'opinione tradizionale, deve sempre ovviare al conflitto che vede coinvolti da un lato l'interesse pubblico alla tutela dei beni giuridici e dall'altro la libertà di autodeterminazione degli individui. Opinione non condivisa dal contrapposto orientamento secondo il quale, nel momento in cui viene meno l'interesse dell'individuo alla tutela del proprio bene giuridico, deve considerarsi altresì esaurito l'interesse pubblico alla tutela di quel bene²¹. Suddetta tesi trova riscontro nel disposto dell'art. 50 c.p., norma che traduce un principio espresso nel Digesto

¹⁹ MANTOVANI F., FLORA G., *Diritto Penale*, cit., 268; COCCO G., AMBROSETTI E. M., *Manuale di diritto penale*, cit., 167.

²⁰ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 281.

²¹ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 287; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 255; COCCO G., AMBROSETTI E. M., *Manuale di diritto penale*, cit., 166.

secondo cui “*volentii et consentienti non fit iniuria*”²² il quale si identifica come *ratio legis* della disposizione nella misura in cui, a monte dell’attuazione della condotta e della conseguente verifica del fatto, colui che lo subisce rinuncia alla conservazione del bene giuridico protetto dalla norma, comportando la rinuncia dello Stato ad apprestare la tutela penale dell’interesse appartenente al soggetto avente diritto²³.

1.2.1 I requisiti di validità del consenso

Per quanto riguarda i requisiti di validità del consenso, ovverossia le situazioni in presenza delle quali questo si può considerare prestabile, riscontriamo opinioni contrastanti.

In primo luogo, l’opinione dominante sottolinea l’importanza sussistenza, nel caso concreto, della capacità naturale in capo al soggetto che presta il consenso²⁴.

Parte della dottrina, per quanto riguarda i reati contro il patrimonio, sostiene la necessità che il consenziente abbia superato la maggiore età, sulla base del fatto che, secondo la normativa civilistica, i soggetti minorenni non sono dotati di capacità d’agire²⁵. In conflitto con tale orientamento, troviamo

²² Tradotto letteralmente significa “a chi acconsente, non si fa danno”. Tale principio nega l’esistenza dell’offesa quando una persona ha consentito ad un’azione.

²³ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 281.

²⁴ Appare, dunque, fondamentale il requisito della capacità di intendere e di volere dell’individuo, ai fini della validità del consenso prestato, in particolare secondo: ALBEGGIANI F., *Profili problematici del consenso dell’avente diritto*, Milano 1995, 385; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano 2023, 268.; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., pag. 281; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 286; COCCO G., AMBROSETTI E. M., *Manuale di diritto penale*, cit., 167.

²⁵ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit. pag. 283; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 294; COCCO G., AMBROSETTI E. M., *Manuale di diritto penale*, cit., 167.

l'opinione secondo la quale, la capacità a prestare il proprio consenso – dunque, la maturità riferibile al soggetto - vada accertata di volta in volta a seconda del caso concreto anche per quanto riguarda i reati contro il patrimonio; il presupposto di tale orientamento sta proprio nella natura del consenso, non essendo questo configurabile come negozio giuridico ma come un mero atto giuridico in senso stretto²⁶.

Il consenso, per essere valido, deve essere spontaneo, dunque esente dai cd. vizi del volere: violenza, dolo ed errore. La volontà deve essere, secondo diversi autori, effettiva; ciò sta a significare l'esigenza di:

*“riconoscere la massima espansione ai vizi del volere.”*²⁷

Non essendo, il consenso, inquadrabile nel novero dei negozi giuridici, può essere espresso in qualunque forma, sia orale sia scritta. Questa tollerabilità fa in modo che venga validamente ammesso in dottrina il consenso tacito, ovvero sia il consenso desunto da comportamenti concludenti posti in essere dall'avente diritto.

Sorgono invece dei dubbi per quanto riguarda il consenso putativo, sussistente nelle fattispecie in cui il soggetto agente attua la condotta ritenendo erroneamente che, colui che la subisce, abbia prestato il proprio consenso. A tal proposito si è pronunciata la Suprema Corte²⁸, la quale

²⁶ GRASSO G., ROMANO M., *Commentario sistematico del Codice penale*, Milano, 2011, 535; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 271; COCCO G., AMBROSETTI E. M., *Manuale di diritto penale*, cit., 167.

²⁷ PEDRAZZI M., *Consenso dell'avente diritto*, Milano 2009, 148. L'autore suggerisce la necessità di andare oltre i limiti tradizionali e di prendere in considerazione una visione più ampia dei vizi che potrebbero incidere al momento della concessione del consenso, per stringere ulteriormente il campo di validità di questo allo scopo di evitare di rimanere confinati all'interno delle definizioni classiche.

²⁸ La Cass. pen., sez. II, 07/12/1977, n. 11965, in *Rep. Foro It.*, 1978, 299 chiarisce che l'errore deve essere valutato con attenzione e non può essere invocato semplicemente

sostiene che, ai fini dell'efficacia scriminante del consenso putativo, la convinzione di operare con il consenso del soggetto avente diritto deve apparire ragionevole nel caso concreto.

Dottrina e giurisprudenza sono invece in conflitto per quanto riguarda il cd. consenso presunto, che si verifica nelle fattispecie in cui si ritiene che il soggetto avrebbe dato il proprio consenso all'azione, pur non avendolo concretamente prestato, se fosse stato a conoscenza delle circostanze²⁹. Vediamo infatti che la dottrina tenta di attribuirgli efficacia scriminante, mentre la giurisprudenza di legittimità, anche risalente³⁰, ritiene irrilevante il convincimento che si forma in capo all'agente, secondo il quale l'avente diritto avrebbe prestato il proprio consenso in quella situazione.

Il soggetto chiamato a prestare il consenso è sicuramente il titolare del bene giuridico che viene tutelato dall'ordinamento, il quale, come si è visto, rinuncia a tale tutela. Nelle situazioni in cui vi sia un bene appartenente a più soggetti, il consenso deve essere prestato da tutti i soggetti coinvolti. La dottrina prevalente (Mantovani, Pedrazzi) ritiene che il soggetto avente

sulla base di una percezione soggettiva, ma deve avere fondamenti ragionevoli. Dunque, non può essere invocato dall'agente se deriva da sua negligenza o da una grave mancanza di diligenza nell'accertare la volontà della persona offesa.

²⁹ Ad es. nei casi in cui un soggetto non sia cosciente e il medico debba valutare come procedere, senza la possibilità di ottenere il consenso del paziente, ai fini di agire con una determinata operazione.

³⁰ Cass. pen., sez. I, 10/01/1972, n. 1228, pronuncia ripresa da FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 282. La Corte stabilisce l'efficacia scriminante del consenso in determinati reati contro la persona, a condizione che esso sia prestato liberamente e consapevolmente dalla persona offesa. Inoltre, per essere valido, deve essere prestato anteriormente o contemporaneamente all'azione dell'agente. Nella stessa sentenza, la Corte affronta il tema dei limiti alla disponibilità dei beni giuridici, affermando che il consenso non possa essere considerato scriminante se persiste un'illiceità intrinseca della condotta, ovvero sia qualora l'atto sia illecito per sua natura (es. delitti di particolare gravità, contro la morale pubblica o il buon costume). Si può altresì considerare la Cass. pen., sez. II, 11/11/1970, n. 1165, in *Giust. pen.*, 1971, 820, la quale chiarisce i confini entro i quali il consenso può giustificare una condotta, altrimenti costituente reato.

diritto possa delegare la concessione del consenso ad un rappresentante legale o volontario: tale rappresentante deve però agire nei limiti dei suoi poteri e il consenso deve essere concesso ai fini dell'attuazione di un atto compatibile con l'istituto della rappresentanza. Contrapposta a tale orientamento, si può riscontrare una dottrina minoritaria (Antolisei) che nega la possibilità di prevedere l'efficacia scriminante del consenso prestato tramite rappresentante, sulla base del fatto che in questo caso, l'istituto della rappresentanza andrebbe ad incidere su interessi di carattere strettamente personale.

La sfera di operatività della scriminante di cui all'art. 50 c.p. fa riferimento unicamente ai cd. diritti disponibili, ciò significa che un soggetto non può rinunciare alla tutela da parte dello Stato qualora questa ricopra valori fondamentali riconosciuti dall'ordinamento giuridico. Nonostante tale limitazione, la disposizione in esame lascia all'interprete il compito di rilevare, all'interno dell'ordinamento, le situazioni in cui il titolare di un diritto può efficacemente rinunciare alla rispettiva tutela. Ad esempio, rientrano nel novero dei diritti disponibili i cd. diritti patrimoniali, nei limiti stabiliti dalla legge³¹. Inoltre, sono disponibili i diritti personalissimi, i quali si riferiscono ad aspetti fondamentali della persona e della sua dignità, come la riservatezza e la libertà³². Un ruolo fondamentale in questo scenario è acquisito dal bene dell'integrità fisica, tutelato, sul piano civilistico, principalmente dall'art. 5 c.c.:

³¹ Ad es. l'art. 423 c.p., al co. 2, si riferisce ad ipotesi in cui tra gli elementi costitutivi del reato ritroviamo la pubblica incolumità, in questo caso il titolare del bene non può rinunciare alla tutela da parte dell'ordinamento giuridico in quanto un'eventuale violazione andrebbe a colpire non solo l'avente diritto, ma la collettività degli individui.

³² Fatto salvo il divieto di acconsentire di essere ridotti in schiavitù, in quanto sarebbe una condizione contraria ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, i quali devono in ogni caso tutelare il buon costume e l'ordine pubblico.

“Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume.”

La norma è stata oggetto di numerosi dibattiti in dottrina e in giurisprudenza, tra i quali si annovera quello relativo alla possibilità di ritenere ammissibile il trapianto di ghiandole sessuali, in ambito del quale la Suprema Corte ha dato una risposta positiva, scontrandosi con la dottrina dominante³³. La dottrina prevalente, infatti, ritiene che il consenso debba considerarsi valido o non valido a seconda di un criterio quantitativo. Criterio che si esplica nella possibilità dell'organo che è stato reso oggetto di un atto di disposizione di riprodursi. Dunque, partendo da questo presupposto, si dovrebbe affermare che il consenso sia da ritenersi valido come scriminante qualora la diminuzione dell'integrità fisica non risulti permanente, quindi ad esempio nel caso del prelievo di sangue o del midollo spinale. Per la dottrina non può invece essere considerato valido e, dunque, la sua efficacia scriminante viene meno, nei casi in cui la diminuzione dell'integrità fisica appaia permanente, come nel caso del trapianto delle ghiandole sessuali.

Ciononostante, il consenso può giungere a divenire persino sanzionato, nei casi in cui non venga mantenuto il principio di gratuità dello stesso,

³³ PETROCELLI B., *Il consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in *Annali*, 1932, 512; BATTAGLINI E., *L'art. 50 c.p. e gli innesti omoplastici*, in *Giust. pen.*, 1934, 374. La Cass. civ., sez. I, 31/01/1934, n. 321, in *Giust. pen.* 1934, 374, affronta la questione del trapianto di ghiandole sessuali (nel caso di specie si parla di trapianto di testicoli) e si focalizza sull'importanza del consenso ai fini della validità dell'intervento. Il punto di interesse è sicuramente la tutela della dignità umana di fronte a interventi chirurgici che possono incidere sulla sessualità e la procreazione. Inoltre, la Corte ribadisce la responsabilità del medico per quanto concerne l'esito dell'intervento, il quale non può effettuare operazioni invasive senza il consenso del paziente, anche qualora queste siano in grado di migliorare la sua condizione clinica.

ovverossia qualora l'avente diritto acconsenti a determinati trattamenti – che normalmente sarebbero ammissibili - allo scopo di arricchirsi (ad es. acconsentendo ad una donazione di organi in cambio di denaro³⁴). L'art 5 c.c. dunque – come si vedrà in seguito³⁵ – è caratterizzato da una serie di limiti che vanno a colpire direttamente la libertà di autodeterminazione dell'individuo e, di conseguenza, incidono sull'efficacia scriminante del consenso da esso prestato.

Per quanto riguarda invece i diritti indisponibili, i quali – si è detto - non possono essere resi oggetto di consenso da parte dell'avente diritto non trattandosi di propri interessi individuali, ma appartenenti alla collettività dei soggetti, si fa riferimento innanzitutto agli interessi appartenenti allo Stato, alla pubblica amministrazione o ad ogni altro ente pubblico (a titolo esemplificativo, non sarebbe legittimo il consenso prestato da un cliente affinché il dipendente pubblico agisca abusivamente nell'esercizio della sua professione). Sono altresì da considerarsi indisponibili gli interessi attinenti alla famiglia, con la conseguenza che, nella fattispecie concreta in cui dovesse verificarsi una violazione all'interno del nucleo familiare (come, ad esempio, nell'ipotesi di violenza domestica), il consenso prestato dai membri della famiglia non potrebbe integrare la scriminante ex art. 50 c.p.³⁶

³⁴ La l. n. 236/2016 ha introdotto l'art. 601-*bis* c.p., il quale sanziona la condotta di commerciare, vendere, acquistare e procurare organi o parti di organo prelevati da persone vive. La norma, in generale, rappresenta un tentativo dell'ordinamento di reprimere il fenomeno del traffico di organi. In particolare, per fare in modo di tutelare il diritto alla salute e la dignità dei soggetti bisognosi di trapianto. La *ratio* della norma si può identificare, dunque, nella necessità recepita dall'ordinamento di preservare la dignità degli esseri umani. Per approfondimenti, v. GALLO M., *Tratta di persone e traffico di organi: un'analisi giuridica comparata*, Roma, 2017.

³⁵ V. *infra* par. 2.3

³⁶ COCCO G., AMBROSETTI E. M., *Manuale di diritto penale*, cit., 169; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 286.

1.2.2 Il consenso dell'avente diritto: una figura poliedrica

L'istituto del consenso dell'avente diritto nel diritto penale, dunque, sottende non poche problematiche, le quali si pongono, innanzitutto, in relazione al fondamento di liceità della condotta. Inoltre, una questione di pari complessità discendente dall'istituto in esame è rappresentata dalla natura giuridica dello stesso. Infatti, oltre che per quanto concerne la struttura generale del reato, possiamo sottolineare la rilevanza del consenso in ambito penale anche nelle singole fattispecie criminose, quale elemento positivo del fatto tipico, come nel caso della truffa che richiede la presenza del consenso, seppur viziato, della vittima o degli atti sessuali previsti dall'art. 609 quater c.p.

Di contro, può configurare un elemento negativo del fatto tipico; il così detto non-dissenso, il quale esclude la tipicità del fatto nei casi di violazione di domicilio o di violenza sessuale ex artt. 610 e 609 bis c.p., fattispecie nelle quali il consenso dell'avente diritto fa venire meno un elemento tipico della fattispecie penale, ossia il dissenso del soggetto passivo.

Inoltre, così come lo si riscontra all'art. 50 c.p. come causa di giustificazione, può essere considerato come parte di una autonoma e complessa situazione scriminante, si faccia riferimento a quelle ipotesi di esercizio di attività rischiose lecite, ove il consenso non può avere efficacia giustificante; eppure, diviene un elemento essenziale a integrare le condizioni di liceità dell'attuazione della condotta. Da questa considerazione emerge, dunque, come l'elemento del consenso possa essere inquadrato giuridicamente in due diversi modi. In primo luogo, quale causa di esclusione del fatto tipico, in tutti i casi in cui la norma incriminatrice preveda, esplicitamente o

implicitamente, il dissenso del soggetto passivo in termini di elemento costitutivo del reato. In secondo luogo, quale causa di esclusione dell'antigiuridicità del fatto, in tutti i casi in cui, di fronte a un fatto completo dei suoi elementi costitutivi positivi, esso vada a escludere il connotato dell'antigiuridicità, integrando una mancanza di interesse dello Stato a perseguire penalmente il fatto³⁷.

Tale concezione dell'istituto all'interno dell'ordinamento varia a seconda che si segua la teoria bipartita o tripartita del reato. La prima teoria considera il reato come il composto di due elementi principali. In primo luogo, rileva il fatto tipico, ovverossia l'azione (o l'omissione) che corrisponde alla condotta individuata dalla norma penale e che può eventualmente essere accompagnata dal nesso causale e dall'evento. Segue, secondo la teoria bipartita, la componente della colpevolezza, dunque, l'imputabilità soggettiva del fatto al soggetto agente, la quale attiene al coefficiente psicologico dello stesso.

La teoria tripartita del reato³⁸, invece, aggiunge un terzo elemento ai precedenti, facendo riferimento all'antigiuridicità intesa come la contrarietà alla legge della condotta attuata (e l'assenza di giustificazione). In realtà, è opportuno sottolineare che anche la teoria bipartita prevede la componente dell'antigiuridicità, tuttavia, questa non viene considerata come elemento autonomo – parimenti a quanto, invece, accade nella seconda teoria – ma inquadrata all'interno del fatto tipico. I sostenitori della teoria bipartita identificano il consenso quale elemento che, se validamente espresso, può

³⁷ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 250; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 264.

³⁸ Si tratta di una concezione ricavata dalle formulazioni proposte da Ernst Beling nel 1906 e che, dopo il recepimento e il riadattamento di Delitala, è divenuta dominante. Si contrappone alla visione "bipartita" del reato, risalente in Italia alla Scuola classica ottocentesca. Cfr. FIANDACA G., *Intorno a dottrine e interpretazione*, cit., 1279.

far venire meno l'elemento della tipicità del fatto. Al contrario, la teoria tripartita sostiene che, in presenza dell'elemento del consenso, ciò che viene a mancare è l'antigiuridicità della condotta, dunque, sebbene il fatto possa considerarsi tipicamente esistente³⁹, esso apparirebbe lecito dinanzi all'ordinamento⁴⁰.

È opportuno distinguere il consenso quale elemento costitutivo del fatto tipico (in veste di negazione del dissenso) dal consenso previsto come causa di giustificazione dall'art. 50 c.p.⁴¹ In entrambi i casi, seguendo la teoria bipartita, in presenza del consenso validamente espresso, verrebbe esclusa la componente della tipicità. Ciò nella misura in cui, nel primo caso provocherebbe il venire meno dell'elemento dissenso quale componente del fatto tipico, nel secondo caso, invece, escluderebbe di per sé la tipicità del fatto. L'orientamento alla base della teoria tripartita, invece, contribuisce a rendere maggiormente chiara la distinzione tra le due tipologie di consenso, soprattutto per quanto concerne i loro effetti giuridici. Infatti, sembra impossibile rilevare un sacrificio di interessi penalmente protetti nelle ipotesi in cui il consenso si pone quale elemento costitutivo del fatto tipico. Sacrificio che, al contrario, acquista un particolare rilievo in sussistenza del consenso inteso come causa di giustificazione ex art. 50 c.p.

³⁹ Per fare un esempio in ambito sportivo, un soggetto presta il proprio consenso a subire lesioni personali dal suo avversario: in questo caso il fatto rimane tipico, essendosi verificato l'atto di aggressione, ma il fatto che esiste il consenso dell'avente diritto fa venir meno la contrarietà alla legge della condotta posta in essere.

⁴⁰ Si pensi che, in data anteriore all'entrata in vigore del Codice Rocco, si poneva già in evidenza il rapporto tra consenso e antigiuridicità così come sostenuto dalla teoria tripartita. Cfr. GRISPIGNI F., *Il consenso dell'offeso*, Prato, 1924, 93: "L'effetto giuridico del consenso consiste nel far venir meno l'elemento oggettivo dell'illecito e più precisamente nel far venir meno il carattere di antigiuridicità dell'elemento oggettivo del reato."

⁴¹ Il primo caso fa riferimento alle specifiche fattispecie in cui la legge prevede il dissenso reso dal soggetto passivo, sia implicitamente (sottrazione di cosa mobile altrui ex art. 624 c.p.), sia esplicitamente (violazione di domicilio ex art. 614 c.p.).

La dottrina prevalente (Fiandaca, Pedrazzi, Dolcini, Marinucci, Romano) sostiene l'interpretazione che distingue tra consenso che esclude la tipicità e consenso che esclude l'antigiuridicità. Infatti, come presupposto di tale distinzione si può sottolineare che le fattispecie nelle quali la rilevanza viene acquisita dal dissenso – quale elemento positivo del fatto tipico – fuoriescono dall'ambito applicativo dell'art. 50 c.p., dunque, non si può affermare che il consenso abbia esclusivamente efficacia giustificante. In realtà, la soluzione più ragionevole sembra essere quella di distinguere tra consenso “proprio” e consenso “improprio”. In questo modo, diviene possibile includere all'interno di quest'ultimo tutte le fattispecie fuoriuscenti dall'art. 50 c.p., nelle quali il consenso acquista rilievo ai sensi delle singole norme incriminatrici⁴². Parimenti, si può considerare proprio il consenso rientrante nel raggio di applicazione dell'art. 50 c.p., quale causa di giustificazione.

Le differenze intercorrenti tra le diverse tipologie di consenso analizzate rilevano, inoltre, anche sul piano assolutorio. Infatti, per quanto concerne i casi in cui l'assenza del consenso si pone come elemento costitutivo del fatto tipico (ad esempio, le ipotesi di violenza privata ex art. 610), qualora si scopra della sussistenza di esso al momento del fatto, il procedimento in corso dovrebbe sempre risolversi con una formula di proscioglimento “perché il fatto non sussiste”⁴³. Se invece dovesse emergere il consenso così come inquadrato dall'art. 50 c.p. (quale causa di giustificazione), la formula corretta di proscioglimento sarebbe quella di “il fatto non costituisce reato”.

Tra le fattispecie esulanti dall'art. 50 c.p., si fa riferimento particolare a quelle regolate dagli artt. 573 co. 1 c.p. (*Sottrazione consensuale di*

⁴² Necessità espressa da PEDRAZZI C., *Consenso dell'avente diritto*, cit., 146: “[...] si tratta di precisare l'atteggiamento volitivo della vittima, che è assunto come costitutivo della fattispecie.”

⁴³ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 281.

minorenni) e 579 co. 1 c.p. (*Omicidio del consenziente*). Dunque, in tali ipotesi, il consenso avrebbe natura giuridica di elemento costitutivo del reato. In particolare, la giurisprudenza recente⁴⁴ si è pronunciata sul tema dell'omicidio del consenziente, in relazione ad un soggetto accusato di aver ucciso la propria moglie, il quale sosteneva la volontà della stessa, gravemente malata, di porre fine alla propria vita. L'uomo, infatti, aveva colpito la moglie con una coltellata, dopo averle somministrato una potente dose di sedativo.

La Suprema Corte ha stabilito, innanzitutto, l'impossibilità di inquadrare il fatto come un'ipotesi di omicidio del consenziente, bensì di omicidio volontario. Ciò in quanto mancava una prova adeguata della volontà di morire della vittima ma, soprattutto, dovendo dare prevalenza assoluta al diritto alla vita. Quest'ultimo rientrerebbe nel novero dei diritti personalissimi, per tale motivo considerati indisponibili, dunque, nonostante la sussistenza dell'elemento del consenso, esso non può in alcun modo acquisire efficacia scriminante per il caso concreto. Inoltre, la difesa nel corso del processo ha avanzato la tesi dell'erronea convinzione dell'imputato di aver agito in presenza del consenso della vittima, sulla base della quale ha richiesto l'applicazione della fattispecie più favorevole dell'omicidio del consenziente. La Corte di cassazione ha chiarito l'impossibilità di applicare l'art. 59, co. 4 c.p. in quanto, il consenso previsto ex art. 579 c.p. non sarebbe compatibile con quello configurante una causa di giustificazione (art. 50 c.p.). Questo nella misura in cui, la prima fattispecie è caratterizzata da un consenso che incide sulla tipicità del fatto, al contrario, il consenso come

⁴⁴ Cass. pen., sez. I, 12/11/2015, n. 12928, in particolare v. nota di SANTINI S., *La Cassazione in tema di omicidio pietatis causa: inquadramento giuridico e attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2016.

causa di giustificazione ha effetti sull'elemento dell'antigiuridicità della condotta. Infine, è stato considerato l'art. 47, co. 2, c.p.:

“L'errore sul fatto che costituisce un determinato reato non esclude la punibilità per un reato diverso.”

Sulla base di tale disposizione, non essendo riscontrabile nel caso in esame l'elemento del consenso così come previsto dall'art. 579 c.p., la Corte ha stabilito l'applicabilità della fattispecie dell'omicidio volontario ex art. 575 c.p.

1.2.3 Il bilanciamento “interno” di interessi

Partendo da questa duplice visione del ruolo del consenso di fronte ad un fatto penalmente rilevante, tuttavia, si ravvisa nell'istituto ex art. 50 c.p. il fondamento giuridico del bilanciamento di contrapposti interessi; fondamento che accomuna le cause di giustificazione, quale ad esempio la legittima difesa ex art. 52 c.p.:

“Non è punibile chi ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa.”

L'istituto della legittima difesa pone come fondamento giuridico il principio del bilanciamento di interessi, nella misura in cui, il fatto, normalmente classificato come penalmente rilevante, viene attuato ai fini di difendere un

diritto da un pericolo attuale, sempre che ci sia proporzionalità tra offesa e difesa⁴⁵.

Si può riscontrare una differenza piuttosto rilevante, intercorrente tra la disciplina del consenso dell'avente diritto ex art. 50 c.p. e quella della legittima difesa ex art. 52 c.p. Essa è costituita dal fatto che la prima non vede una contrapposizione di interessi appartenenti a più soggetti, in quanto il bene giuridico preso in considerazione è solo e unicamente appartenente al soggetto che subisce il fatto. Nei casi di legittima difesa invece, il bilanciamento viene eseguito tra l'esigenza di tutela del bene giuridico appartenente a chi subisce il fatto e quello appartenente a chi lo pone in essere. Il risultato di tale bilanciamento è la legittimazione del comportamento che preserva il bene o l'interesse prevalente.

Nel caso della legittima difesa, tuttavia, come avviene per lo stato di necessità⁴⁶, tale meccanismo è di intuitiva evidenza; si tratta di un istituto dal quale emerge chiaramente la distinzione tra un fatto penalmente irrilevante e un fatto offensivo ma giustificato. Infatti, l'impostazione della legittima difesa rende necessario un accertamento della materiale offensività dell'azione per procedere con l'accertamento della situazione giustificante e, dunque, per effettuare il bilanciamento fra gli interessi coinvolti. Non appare invece così semplice rilevare la materiale offensività dell'azione e, di conseguenza, effettuare un bilanciamento di interessi, per quanto riguarda le altre cause di giustificazione previste dalla nostra legislazione penale. Per

⁴⁵ In particolare, v. MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 625-630. L'autore sottolinea che la legittima difesa deve essere intesa non come un "permesso di uccidere", ma quale strumento di protezione per la persona. Dunque, essa non va considerata come diritto assoluto ma deve essere effettuato un bilanciamento con gli altri beni giuridici protetti dalla legge, ad es. la tutela dell'ordine pubblico e la limitazione dell'uso della forza.

⁴⁶ Tuttavia, si tratta di un istituto caratterizzato da una natura giuridica particolarmente problematica, a tale proposito cfr. MOLARI A., *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964, *passim*.

quanto concerne, ad esempio, la scriminante dell'adempimento di un dovere, il bilanciamento non viene sempre effettuato di volta in volta a seconda della fattispecie concreta verificatosi, ma è possibile riscontrare risultati elaborati *ex ante* dall'ordinamento giuridico, il quale stabilisce, da un punto di vista puramente astratto, la predominanza di un interesse su un altro⁴⁷. Per quanto riguarda invece il consenso dell'avente diritto ex art. 50 c.p., possiamo riscontrare una serie di peculiarità caratterizzanti l'istituto in esame rispetto alle altre scriminanti esistenti nel diritto penale. L'argomento è stato reso oggetto di dibattito in dottrina, la quale ha seguito tre diverse strade per cercare una collocazione dell'elemento del consenso all'interno della sfera delle scriminanti.

Innanzitutto, un primo orientamento è chiaramente ispirato alla dottrina tedesca⁴⁸ per cui il consenso non andrebbe ad escludere l'antigiuridicità della condotta, bensì la tipicità del fatto verificatosi. Andando l'elemento del consenso ad eliminare la tipicità del fatto e non l'antigiuridicità della condotta, la distinzione fra assenza di antigiuridicità e assenza di tipicità

⁴⁷ Si tenga presente che la maggior parte dei casi in cui si applica la scriminante ex art. 51 c.p., tuttavia, non sono necessariamente ipotesi di contrasto tra norme incriminatrici e norme attributive di diritti, ma anche con un vero e proprio bilanciamento effettuato sulla base delle modalità in cui si è sviluppata la situazione concreta. Proprio per questo motivo, i criteri sulla base dei quali, tali questi bilanciamenti vengono effettuati, sono prevalentemente di matrice giurisprudenziale. A tal proposito FIANDACA G., *Nuove tendenze repressive in materia di diffamazione a mezzo stampa*, in *Foro It.*, 1984, 532-536.

⁴⁸ È opportuno ricordare che l'ordinamento tedesco non prevede una norma generale regolatrice dell'istituto del consenso dell'avente diritto, come la ritroviamo noi all'art. 50 c.p. Tale strumento viene previsto solo con riguardo al reato di lesioni personali (226 StGB): "*Chiunque realizza una lesione personale con il consenso dell'offeso agisce antigiuridicamente solo nel caso in cui il fatto; malgrado il consenso, sia contrario al buon costume.*" La dottrina tedesca vede al suo interno una distinzione tra coloro i quali sostengono il consenso come escludente l'antigiuridicità (*Einwilligung*) e quelli che invece lo considerano escludente l'elemento della tipicità (*Einverständnis*). Quest'ultima linea di pensiero sembra essere più seguita rispetto alla prima, in quanto nella maggior parte delle ipotesi il consenso sembra escludere la tipicità del fatto verificatosi. Per una visione più dettagliata cfr. ALBEGGIANI F., *Profili problematici*, cit., 32 ss.

diverrebbe irrilevante. Tale teoria, dunque, sostiene che il consenso non debba essere concepito come una causa di giustificazione proprio perché il fatto viene considerato come non tipicamente previsto nel novero dei fatti penalmente rilevanti. Il fondamento principale di tale orientamento si identifica nel fatto che, nel momento della prestazione del consenso, il soggetto avente diritto rinuncia al bene giuridico e, contestualmente, quest'ultimo fuoriesce dall'ambito di tutela della norma incriminatrice.

Un secondo orientamento dottrinale invece, non esclude a priori la possibilità di un "consenso giustificante". Infatti, questo viene distinto dalle altre cause di giustificazione sulla base del fatto che questo non avrebbe come fondamento un vero e proprio bilanciamento di interessi, piuttosto si fonderebbe sul principio della "carenza di interesse"⁴⁹, nella misura in cui la persona offesa rinuncerebbe a far valere un interesse contrapposto rispetto a quello dell'autore del fatto materiale. Infine, la dottrina ha delineato una terza strada percorribile, la quale, a differenza delle prime due, ravviserebbe nel bilanciamento di interessi il presupposto per poter parlare di "consenso giustificante"⁵⁰. Alla luce della normativa penale vigente nel nostro ordinamento, quest'ultimo orientamento sembrerebbe essere maggiormente perseguibile rispetto alle prime due strade tracciate dalla dottrina. Affermando - come accade, ad esempio, per le scriminanti della legittima difesa e dell'esercizio del diritto - che la natura giuridica dell'istituto ex art. 50 c.p. si fonda su un bilanciamento di interessi, ci si riferisce necessariamente ad un bilanciamento "interno" di interessi, per distinguerlo da quello "esterno", il quale viene eseguito avendo riguardo a più beni di più soggetti. Ciò suggerisce una visione differente del ruolo della vittima rispetto

⁴⁹ MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 249.

⁵⁰ ALBEGGIANI F., *Profili problematici*, cit., 25-30.

alle altre situazioni penalmente rilevanti, in quanto si tratta di un meccanismo per cui l'offeso presta il suo consenso all'attuazione di un fatto che normalmente sarebbe configurato come reato⁵¹.

A tal proposito, si pensi alla riflessione sul concetto di consenso, che si è rivelato un argomento molto discusso, soprattutto in ambito politico e sociologico. Si è analizzato una serie di orientamenti differenti, come ad esempio quella di Durkheim, il quale afferma che il consenso deve essere considerato come avente funzione di omogeneità culturale, nel senso di garantire un controllo sugli individui tale per cui siano portati a seguire rigorosamente le regole previste dalla società. Oltre a Durkheim, tuttavia, si è visto esistere pensieri come quello di Boudon, secondo il quale il consenso sarebbe rilevante in un sistema di interazioni volontarie e accordi tra individui autonomi, e non solo e unicamente al raggiungimento di un ordine sociale omogeneo. Ecco che, se venisse presa in considerazione l'idea per cui vi sia una peculiarità nell'istituto ex art. 50 c.p. che si identifica nel "consenso dell'offeso", la concezione di essa può variare a seconda che si segua un orientamento come quello di Durkheim o come quello di Boudon. Infatti, nel primo caso, il ruolo più importante non viene rivestito dalla vittima ma dallo Stato in senso pubblicistico, all'interno del quale il volere statale, e non nello specifico il volere dell'individuo che, al contrario, viene da questo sovrastato, porta a considerare l'autore del fatto posto in essere come non meritevole di sanzioni penali di nessun tipo.

⁵¹ FALCINELLI D., *Il consenso dell'avente diritto nei percorsi del diritto penale "umano"*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2016, 291-292.

1.3 Il consenso dell'avente diritto nel diritto civile

Così come nel diritto penale, anche nel diritto civile il tema del consenso acquista una rilevanza particolare; tuttavia, in tale ambito, più che prima ancora che fattore idoneo ad escludere l'antigiuridicità dell'atto lesivo, lo si riscontra come un elemento costitutivo del contratto, in assenza del quale le parti non possono procedere con il trasferimento di diritti e obblighi. Infatti, l'art. 1427 c.c. prevede che:

“Il contraente, il cui consenso fu dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo, può chiedere l'annullamento del contratto secondo le disposizioni seguenti.”

Dunque, nel diritto civile, il consenso rileva soprattutto in termini patologici, così come accade nel reato di truffa in ambito penale, ove un ruolo fondamentale viene assunto dal consenso viziato prestato dalla persona offesa.

Il disposto dell'art. 50 c.p., tuttavia, può essere considerato un principio generale di autoresponsabilità in grado di operare anche nella sfera dei diritti privati. Infatti, all'interno di tale contesto, la persona acquista importanza soprattutto in relazione ai suoi diritti, i quali devono essere considerati intangibili per l'ordinamento, in modo da preservare l'incolumità del soggetto nei confronti dell'incidenza esterna. Da qui ne discende l'altrettanta intangibilità caratterizzante il diritto a disporre di sé (diritto all'autodeterminazione), nell'esercizio del quale un individuo privato può liberamente acconsentire a un fatto tipicamente illecito⁵². Dunque, di fronte a tale fatto, il consenso prestato dal titolare del diritto che è stato

⁵² CASTRONOVO C., *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2010, 1037-1040.

danneggiato, può escludere l'illiceità del danno, a condizione che il consenso sia valido e che si riferisca ad un diritto disponibile.

Pertanto, se validamente espresso, il consenso assume le vesti di una causa di giustificazione anche per quanto riguarda gli illeciti extracontrattuali. Infatti, parimenti a quanto previsto dalla normativa penalistica, l'antigiuridicità della condotta nell'illecito civile può essere esclusa dalla presenza delle cause di giustificazione previste dalla legge. La dottrina civilistica divide le cause di giustificazione in *causes in iure* (qualora l'ordinamento giuridico consenta espressamente il comportamento illecito) e *causes in factum* (quando il fatto, pur considerato illecito, è giustificato dalle circostanze concrete). Tra queste ultime riscontriamo la legittima difesa, lo stato di necessità, l'adempimento di un dovere, l'esercizio di un diritto e il consenso dell'avente diritto. In particolare, in presenza del consenso percepito come causa di giustificazione di un illecito extracontrattuale, verrebbe meno l'antigiuridicità della condotta⁵³; con la conseguenza che l'autore dell'illecito non sarebbe chiamato a risarcire la controparte danneggiata. Tuttavia, perché il consenso abbia efficacia, anche il diritto civile prevede una serie di requisiti di validità che si riferiscono *in primis* alla libertà e alla consapevolezza del consenso, all'assenza di vizi nel momento della sua prestazione (errore, minaccia, induzione a errore) e alla disponibilità dei beni resi oggetto di esso⁵⁴.

A differenza dei criteri previsti dal diritto penale, tuttavia, in questo scenario viene meno la rigidità caratterizzante l'elemento temporale, ovvero sia il momento in cui il consenso viene prestato. Infatti, nel diritto privato la

⁵³ Si fa riferimento a casi concernenti danni lievi o relativamente contenuti, ad esempio il consenso ad essere sottoposti ad un trattamento medico-sanitario.

⁵⁴ TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2023, 895-900.

volontà dell'avente diritto (titolare del bene tutelato dalla norma) può essere manifestata anche in un secondo momento rispetto all'attuazione dell'illecito e tale manifestazione inciderà ugualmente sugli effetti giuridici del fatto verificatosi *ex ante*. Mentre, nel diritto penale, il consenso deve essere necessariamente prestato in un momento anteriore al fatto penalmente rilevante, in quanto la persona offesa non ha la possibilità di opporsi all'automatica applicazione della sanzione in capo all'autore⁵⁵.

1.3.1 (Segue) Cassazione civile, sez. III, 24/02/1997, n. 1682

Un esempio di ciò che è stato detto fin ora sulla possibilità di inquadrare il disposto di cui all'art. 50 c.p. come un principio generale che va a comprendere non soltanto la sfera del diritto penale, ma anche quella del diritto civile e delle controversie tra privati, lo si ritrova nella sentenza n. 1682 del 24/02/1997, pronunciata dalla Cassazione civile, sez. III⁵⁶. Nella fattispecie concreta, l'attore si era costituito in giudizio per ottenere il risarcimento del danno causato dalla deviazione di un corso d'acqua sul suo fondo ad opera di un altro soggetto; tuttavia, il soggetto costituitosi in giudizio, in precedenza, aveva, mediante convenzione, acconsentito a tale deviazione. La Suprema Corte ha ritenuto che, pur essendo nullo l'accordo ai sensi dell'art. 825 c.c.⁵⁷, per la natura demaniale del corso d'acqua, il consenso valesse ad escludere l'illiceità del danno, ma limitatamente alla

⁵⁵ Cfr. PEDRAZZI C., (voce) *Consenso dell'avente diritto e la tutela penale degli interessi privati*. *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1961.

⁵⁶ Cass. civ., sez. III, 24/02/1997, n. 1682, in *Giust. civ. Mass.* 1997, 303.

⁵⁷ Art. 825 c.c.: “Sono parimenti soggetti al regime del demanio pubblico, i diritti reali che spettano allo Stato, alle province e ai comuni su beni appartenenti ad altri soggetti, quando i diritti stessi sono costituiti per l'utilità di alcuno dei beni indicati dagli articoli precedenti o per il conseguimento di fini di pubblico interesse corrispondenti a quelli a cui servono i beni medesimi.”

lesione del diritto disponibile di proprietà del fondo spettante all'attore. Il consenso, dunque, non andava ad incidere sulla tutela del diritto demaniale relativo al corso d'acqua, a fronte del quale, unico legittimato ad ottenere tutela non appariva l'attore, ma un soggetto pubblico estraneo alla controversia. Pertanto, l'attore non era legittimato a rivendicare la lesione del diritto demaniale, ma a difendere esclusivamente il proprio diritto di proprietà sul fondo⁵⁸.

Oltre a quella appena analizzata, si può fare riferimento ad un'ulteriore pronuncia risalente, con la quale la Cassazione⁵⁹ ha chiarito che la responsabilità civile derivante da reato può essere esclusa, in presenza del consenso del danneggiato, solo in relazione ai delitti, non anche alle contravvenzioni.

1.4 Consenso e diritto all'autodeterminazione

Il diritto all'autodeterminazione si riferisce alla libertà, costituzionalmente garantita, appartenente ad ogni individuo, di prendere decisioni autonome, incidenti sulla propria sfera giuridica, andando al di là della presenza di eventuali influenze esterne. Nell'epoca contemporanea, quando si parla di "autodeterminazione" si può fare riferimento a due diverse concezioni; in primo luogo, il filosofo Immanuel Kant sostiene che l'autonomia è

⁵⁸ MAZZON R., *L'antigiuridicità nel diritto civile e in quello penale: l'esempio del consenso dell'avente diritto*, in *Persona & Danno*, 2017.

⁵⁹ Cass. civ., sez. I, 11/07/1977 n. 2077, v. BELTRANI S., in *Codice penale commentato*, Milano, 2024, *sub art. 50 c.p.*

“il fondamento della dignità della natura umana e di ogni natura razionale”⁶⁰

percependo quest’ultima come un tratto caratteristico che può appartenere unicamente all’essere umano⁶¹. Secondo il pensiero kantiano, la ragione acquisirebbe la capacità di stabilire una legge morale indipendente rispetto le influenze empiriche.

La seconda concezione appartiene al filosofo, nonché ex membro del Parlamento del Regno Unito, John Stuart Mill, il quale, nel suo *Saggio sulla libertà* (1859), scrive:

“Scopo di questo saggio è formulare un principio molto semplice, che determini in assoluto i rapporti di coartazione e controllo tra società e individuo [...]. Il principio è che [...] il solo scopo per cui si può legittimamente esercitare un potere su qualunque membro di una comunità civilizzata, contro la sua volontà, è per evitare danno agli altri. Il bene dell’individuo, sia esso fisico o morale, non è una giustificazione sufficiente. Non lo si può costringere a fare o non fare qualcosa perché è meglio per lui, perché lo renderà più felice, perché, nell’opinione altrui, è opportuno o perfino giusto: questi sono buoni motivi per discutere, protestare, persuaderlo o supplicarlo, ma non per costringerlo o per punirlo in alcun modo nel caso si comporti diversamente.

⁶⁰ KANT I., *Fondazione della metafisica dei costumi*, Roma – Bari, 1997, 105.

⁶¹ SANS G., *La dignità dell’uomo, Riflessioni alla luce del pensiero di I. Kant*, in *La civiltà cattolica*, 2015.

[...] Su sé stesso, sulla sua mente e sul suo corpo, l'individuo è sovrano."⁶²

Mill assume una visione più moderna e liberale rispetto a quella adottata dal filosofo Immanuel Kant, riferendosi alla libertà di autodeterminazione come ad un sistema di autogoverno della propria persona, a partire dal quale ogni individuo acquista la possibilità di costruirsi una propria identità personale, formata dai valori, dagli impegni e dalle credenze con cui si identifica⁶³.

1.4.1 Rapporto tra consenso e libertà di autodeterminazione

Riflettendo sull'essenza del consenso e sulla libertà di autodeterminazione, si vede come l'istituto ex art. 50 c.p. trae origine dal combinato disposto di questi due concetti. Tale affermazione è derivante dal presupposto per cui, nella fattispecie concreta alla quale si debba applicare l'art. 50 c.p., ci si trova di fronte un individuo, avente piena libertà di autodeterminazione tutelata costituzionalmente dall'art. 32 Cost., il quale presta il suo consenso affinché il soggetto agente attui una condotta, normalmente penalmente perseguibile e sanzionabile in base alle disposizioni del Codice penale, ma non punibile per la sola esistenza del consenso.

In particolare, il combinato disposto tra consenso e libertà di autodeterminazione, che legittima l'applicazione dell'istituto in esame, si sostanzia nel meccanismo per cui il consenso di colui che subisce il fatto è legittimato dal suo diritto costituzionale ad autodeterminarsi. Questo sistema porta alla conseguenza per cui vi è una stretta connessione intercorrente fra

⁶² MILL JS., *Saggio sulla libertà*, Milano 1999, pagg. 12-13.

⁶³ GALLETTI M., *Autodeterminazione. Un punto di vista filosofico*, in *Riv. It. Cure Palliative* 2022, 188-191.

il fondamento del consenso dell'avente diritto e l'efficacia che questo ha in ambito penale da un lato, e il fondamento e i limiti del diritto di autodeterminazione, dall'altro.

Considerando la notevole rilevanza che la libertà di autodeterminazione degli individui acquisita conseguentemente all'avvento degli ordinamenti democratici, si può affermare - anche avendo riguardo all'analisi relativa al rapporto tra consenso dell'avente diritto e libertà di autodeterminazione - che ci si sta avvicinando sempre di più ad uno scenario giuridico in cui il ruolo della vittima nella teoria del reato viene rivalutato. La figura della vittima, infatti, è sempre stata percepita come una figura avente ruolo secondario rispetto al reo, almeno a partire dal superamento dell'individualismo avutosi con il giurista Karl Binding, il quale sosteneva che il bene giuridico era dotato di una sorta di "valore sociale" e che fosse completamente indipendente rispetto al soggetto al quale apparteneva⁶⁴.

In seguito, tuttavia, come accennato, il ruolo della vittima acquista un carattere primario; questo avviene soprattutto attraverso gli studi di vittimologia⁶⁵ dello psicologo Hans von Henting⁶⁶, nonché fondatore di questo movimento. Con il tempo si inizia ad affermare che essa non deve più essere considerata come un fattore secondario, ma come un elemento di particolare importanza all'interno della fattispecie criminosa.

Un ruolo fondamentale in relazione a questo tema è assunto dalla cd. "vittimodogmatica", concetto utilizzato per analizzare come e in quale

⁶⁴ BINGING K., *Die Normen, und ihre Übertretung*, Leipzig, 1872, 187 ss.

⁶⁵ Con vittimologia si intende la scienza, considerata da alcuni branca della criminologia, che studia il comportamento delle vittime da reato, analizzando le conseguenze che i fatti subiti hanno comportato su di esse. Per approfondimenti sul tema, v. GIUSIO M., QUATTROCOLO A., *Elementi di vittimologia e di victim support*, Caserta, 2014.

⁶⁶ HENTING H., *The Criminal and his victim*, New York, 1948.

misura i diritti e la posizione della vittima all'interno del processo penale possano condizionare l'applicazione delle norme e la valutazione della responsabilità. I suoi sostenitori propongono il principio di "autotutela" della vittima, ai fini di garantire la libertà di sviluppo della personalità, *"attribuendo fondamento costituzionale specifico alla stessa impostazione vittimologica."* Per giungere a tale considerazione, i vittimodogmatici individuano nel principio di sussidiarietà:

"Un criterio in base al quale uniformare l'intervento dello Stato nella regolamentazione della vita sociale."

L'affermazione di questi concetti ha senz'altro rivoluzionato la concezione del ruolo della persona offesa dal reato, ponendola in primo piano, con la conseguenza che, oltre alla "responsabilità funzionale" dell'autore del reato, si comincia a parlare anche di una "responsabilità funzionale⁶⁷" della vittima. Parlando di "responsabilità funzionale" della vittima, in pratica, le si va ad attribuire un particolare ruolo all'interno del reato quasi come lo riveste l'autore; questo significa che il soggetto, fino a quel momento identificato come un soggetto unicamente passivo e che, di fronte al fatto, non è portatore di alcun tipo di responsabilità, acquista una serie di obblighi di astensione volti ad evitare che il reato venga commesso⁶⁸.

È stato brevemente accennato come, negli anni, la figura della vittima abbia subito continue trasformazioni e sia stata collocata su diversi piani a seconda del contesto socioculturale. Tuttavia, si ricordi che il ruolo della ragione umana in questa evoluzione acquisisce una particolare importanza. Infatti, i sostenitori della vittimologia, così come della vittimodogmatica,

⁶⁷ Cfr. SCHNEIDER C., *Viktimologie, Wissenschaft vom Verbrechensopfer*, Tübingen, 1975, 184 ss.

⁶⁸ ELLMER M., *Betrug und Opfermitverantwortung*, Berlino, 1986, 238 ss.

nell'affermare che la vittima, in determinate situazioni, possa considerarsi portatrice di un certo grado di responsabilità, pongono particolare attenzione nei confronti della sua capacità di autodeterminarsi. Capacità che può essere ipotizzata solo considerando la ragione umana quale elemento fondamentale per il verificarsi di determinati fatti, in quanto il livello di proattività attribuito alla vittima nella fattispecie criminosa è strettamente connesso alla percezione che l'ordinamento giuridico assume relativamente al suo diritto di autodeterminazione⁶⁹.

1.4.2 Rilevanza costituzionale

Come affermato in precedenza, risulta intercorrere una forte connessione tra l'istituto penalistico del consenso dell'avente diritto ex art. 50 c.p. e il diritto primario all'autodeterminazione degli individui, in particolare per quanto riguarda il loro fondamento. Dunque, è chiaro che per poter individuare l'essenza dell'istituto in esame, è necessario andare ad analizzare quali potrebbero essere i presupposti del diritto di autodeterminazione, in particolare con riferimento alla sua derivanza costituzionale. In verità, non è possibile riscontrare questo principio all'interno di una specifica disposizione, ma lo si può desumere attraverso l'analisi del combinato disposto degli artt. 2, 13 e 32, co. 2 della Costituzione. Innanzitutto, si prenda in considerazione l'art. 2 Cost. come norma generale, dalla quale è possibile far discendere una serie di diritti e di libertà fondamentali non necessariamente previsti esplicitamente dalla Carta costituzionale, ma che

⁶⁹ TARDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione*, cit., 1-15.

possono essere considerati diritti inviolabili dell'uomo, meritevoli di divenire oggetto di:

“adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”⁷⁰.

Attraverso questa interpretazione dell'art. 2 Cost., si può affermare che il diritto di autodeterminazione è il prodotto di una lettura evolutiva della norma che la identifica come una specie di “ingresso” per altri diritti oltre a quelli testualmente previsti⁷¹. Infatti, il principio di autodeterminazione non si limita a tutelare la libertà personale solo da un punto di vista materiale, ma si spinge a valorizzare il suo aspetto morale, fino al punto che gli individui possano essere liberi di intraprendere un certo tipo di decisioni senza essere condizionati da elementi esterni⁷². L'art. 32, co. 2 Cost., invece, secondo il quale:

“Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”

Si riferisce in particolare alla tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo, garantendogli l'esercizio del diritto di autodeterminazione

⁷⁰ Dal disposto dell'art. 2, co. 2 Cost.

⁷¹ SILVESTRI G., *L'individuazione dei diritti della persona*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 2-3; DAL CANTO F., *I principi fondamentali*, in ROMBOLI R. (a cura di), *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo, Volume I - Lo Stato e gli altri ordinamenti giuridici, i principi fondamentali e le istituzioni politiche*, Torino, 2019, 127.

⁷² DE VITA A., *Il diritto all'autodeterminazione in ambito sanitario e il testamento biologico: verso nuove frontiere del diritto? Il diritto della sanità: problematiche attuali*, in *Giust. Amm.*, 2020, *passim*.

anche per quanto riguarda gli eventuali trattamenti sanitari a cui potrebbe essere sottoposto.

Dalla norma discende un principio generale secondo cui il sanitario ha l'obbligo di acquisire il consenso del paziente prima di sottoporlo a qualsiasi trattamento terapeutico (c.d. "consenso informato"). Tuttavia, esistono due deroghe a questa regola generale; in primo luogo, se un trattamento viene considerato "obbligatorio" dalla legge, così come previsto dall'art. 32, co. 2 Cost., ad esempio, nei casi di vaccinazioni obbligatorie. La seconda deroga potrebbe verificarsi nel caso in cui il paziente non sia in grado di prestare il proprio consenso e il trattamento sia assolutamente urgente e indispensabile per evitare un grave danno⁷³.

1.4.2.1 La rilevanza del consenso nel diritto penale spagnolo

Così come nel nostro ordinamento, anche in quello spagnolo vi è una doppia concezione dell'istituto del consenso dell'avente diritto. Quest'ultimo, infatti, può essere utilizzato per indicare una causa di esclusione

⁷³ In riferimento a questa seconda deroga: Art. 8 della Convenzione di Oviedo (Situazioni d'urgenza) "*Allorquando in ragione di una situazione d'urgenza, il consenso appropriato non può essere ottenuto, si potrà procedere immediatamente a qualsiasi intervento medico indispensabile per il beneficio della salute della persona interessata.*" Inoltre, si guardi: Art. 35 del Codice di Deontologia Medica (Assistenza d'urgenza) "*Allorché sussistano condizioni di urgenza e in caso di pericolo per la vita di una persona, che non possa esprimere, al momento, volontà contraria, il medico deve prestare l'assistenza e le cure indispensabili.*"; Per approfondimenti, v. CATALANO R., MARTINO A., *Il consenso informato: la violazione del diritto all'autodeterminazione del paziente e la tutela risarcitoria*, in *Quest. Giust.*, 2016.

dell'antigiuridicità (“*consentimiento*”), ovvero per indicare una causa di esclusione del fatto tipico (“*conformidad*”)⁷⁴.

Il dibattito spagnolo si concentra principalmente sulla rilevanza del consenso nel diritto di lesioni e sulla disponibilità del bene vita, materie relativamente alle quali, l'ormai abrogato Codice penale spagnolo del 1944, assumeva una regolamentazione piuttosto rigida. Il consenso veniva infatti considerato un elemento irrilevante per la fattispecie criminosa, fino al punto di prevedere per il reato di cooperazione al suicidio c.d. esecutiva, la stessa pena che veniva inflitta per l'omicidio volontario. Con la *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* viene significativamente attenuata la percezione del consenso relativa a queste fattispecie; in particolare, attraverso l'introduzione dell'art. 155:

*“En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados.”*⁷⁵ e dell'art. 156: *“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en*

⁷⁴ BACIGALUPO E., *El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física*, in *Poder Judicial*, 1989-1990, 147 ss.; TAMARIT SUMALLA J. M., *Comentarios al nuevo Código penal*, Pamplona, 1996, 749 ss.

⁷⁵ Il co. 2 è stato poi modificato dalla Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo: *“No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.”*

cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz⁷⁶.”

Tuttavia, da queste due disposizioni, possiamo riscontrare una duplice efficacia che il consenso può assumere nella fattispecie criminosa: l'art. 155

⁷⁶ Modificato in seguito dalla Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo: “*No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.*

No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil.” E dalla Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre: “*No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.*”

vede il consenso come un'attenuante, mentre l'art. 156 prevede dei casi in cui il consenso viene recepito come esimente.

Questa duplice concezione del consenso costituisce un problema per l'ordinamento spagnolo perché rappresenta appieno il sentimento di incertezza che la legge prova nei confronti della libera disponibilità dei beni giuridici individuali⁷⁷. Ciò ha suscitato un dibattito tra chi sostiene una maggiore disponibilità dei beni giuridici individuali e chi invece ritiene che l'art. 155 debba essere interpretato come un'eccezione. Alcuni propongono una lettura restrittiva dell'art. 155, limitandone l'applicazione solo ai casi in cui il consenso riguardi condotte attuate con l'intento diretto di provocare una lesione, lasciando fuoriuscire dall'ambito applicativo della norma tutti i casi di accettazione del rischio da parte dell'autore.

Relativamente al tema del fine vita, nonostante la legislazione adottata dagli altri Stati europei, i quali hanno dimostrato una forte apertura, l'ordinamento spagnolo continua ad essere restrittivo. Un esempio di tale "chiusura" è rappresentato dal caso di María José Carrasco avvenuto nell'aprile del 2019. La donna, affetta da sclerosi multipla, aveva più volte ribadito la sua volontà di togliersi la vita, fino al momento in cui suo marito Ángel Hernández, decise di porle una cannucchia immersa in un bicchiere di pentobarbital e di filmare tutta la scena con una telecamera, inclusa la conversazione intrapresa con la donna poco prima della sua morte. Nel corso del dialogo, in seguito reso pubblico, la donna esplicita ancora una volta la volontà di porre fine alla sua vita. Tuttavia, dopo essersi consegnato alle forze dell'ordine e in seguito ad un processo per omicidio l'uomo venne assolto, in quanto il 18 marzo 2021 venne approvata la *Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*, la quale rappresenta un'importante svolta nel dibattito spagnolo sul fine vita;

⁷⁷ TARDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione*, cit., 64-69.

svolta che potrebbe giungere a divenire una fonte d'ispirazione per la legislazione italiana, avendo un contenuto pienamente compatibile con una vasta serie di pronunce della nostra Corte costituzionale⁷⁸. La legge è il risultato di una serie di proposte da parte del Parlamento spagnolo, l'ultima proveniente dal *Partido Socialista*, e di un accordo di governo tra la forza politica e il partito politico spagnolo *Podemos*, d'ispirazione socialdemocratica. Per merito di tale svolta all'interno della legislazione spagnola, viene concessa la possibilità a soggetti aventi determinate caratteristiche, in particolare la capacità di intendere e di volere e la maggiore età, di richiedere assistenza medica allo scopo di porre fine alla propria vita. L'elemento più importante della procedura risulta essere il consenso del paziente, il quale deve essere rilasciato a seguito di una completa informativa comprendente le varie implicazioni della procedura e le alternative possibili.

1.4.2.2 L'opinione statunitense

Tradizionalmente, gli ordinamenti statunitensi associano il diritto alla autodeterminazione al diritto alla "privacy", concetto nato alla fine dell'Ottocento quando Samuel Warren e Louis Brandeis, due avvocati americani e autori del saggio *The Right to Privacy* (dicembre 1890), si domandarono per la prima volta nella storia quali fossero i confini del rapporto intercorrente tra il diritto all'informazione e il diritto alla riservatezza.

⁷⁸ TIGRINO A., *La riflessione penalistica spagnola in materia di fine vita: dalle elaborazioni d'epoca franchista alla Ley Orgánica de regulación de la eutanasia del 18 marzo 2021*, in *Legisl. Pen.*, 2021, 15 ss.

Infatti, l'evoluzione della stampa che stava avvenendo in quel periodo comportava una serie di problematiche legate alla diffusione pubblica di fotografie scattate in contesti privati. Questo fenomeno portò i due autori a definire per la prima volta la privacy come “*the right to be let alone*”: il diritto a essere lasciati soli⁷⁹. Tuttavia, inizialmente il concetto di privacy non venne fatto proprio dalla Costituzione americana, in quanto la priorità veniva data alla “*tutela dello sfruttamento economico degli attributi della personalità*”⁸⁰. La Corte Suprema non era pronta a riconoscere e valorizzare le tesi esposte dai due giuristi in quanto, negli anni della criminalità organizzata, lasciare prevalere l'autonomia individuale costituiva un pericolo e un restringimento del potere di controllo esercitato dalle istituzioni sui cittadini. In seguito, nel corso del caso *Griswold v. Connecticut* del 1965⁸¹, la Corte ha riconosciuto sussistere un diritto alla privacy, ciononostante tale diritto non fosse espressamente previsto dal dettato costituzionale.

La Corte Suprema, infatti, nel giungere ad una definizione del caso in esame, ha espresso la possibilità di ricavare un diritto alla privacy da una serie di norme costituzionali, in particolare dal Nono Emendamento della Costituzione americana:

“L'interpretazione di alcuni diritti previsti dalla Costituzione non potrà avvenire in modo tale da negare o disconoscere altri diritti goduti dai cittadini.”

⁷⁹ WARREN S., BRANDEIS L., *The right to privacy, Vol. IV*, in *Harvard Law Review*, 1890, *passim*.

⁸⁰ MANTELETO A., *Privacy, Contratto e impresa, Vol. 3*, Torino, 2008, 759.

⁸¹ U.S. Supreme Court, *Griswold v. Connecticut* 07/06/1965, n. 381, 479, in *Justia Law*, vol. 381. Il caso vide coinvolti i ginecologi C. Lee Buxton e Estelle Griswold, i quali, nonostante una legge approvata nel Connecticut nel 1887 proibisse dell'uso di farmaci, dispositivi medici o strumenti contraccettivi, aprirono una clinica per il controllo delle nascite per far valere l'incostituzionalità della legge ai sensi del Quattordicesimo Emendamento di fronte alla Corte Suprema.

Il testo della norma non richiama direttamente il diritto alla privacy, ma da esso traspare l'incompletezza del contenuto dei primi otto emendamenti, facendo sorgere la necessità di includere ulteriori diritti.

Oltre al Nono Emendamento, il giudice Goldberg in particolare, seguito dai giudici Warren e Brennan hanno individuato l'essenza del diritto alla privacy anche tramite un'interpretazione estensiva della clausola "*Due Process of law*"⁸² contenuta nel Quattordicesimo Emendamento:

“Nessuno stato deve privare una persona della vita, libertà o proprietà senza un giusto processo, né negare ad alcuno la uguale protezione da parte della legge.”

Infatti, tale disposizione ingloba due importanti garanzie: il giusto processo e la uguale protezione, le quali possono comportare una limitazione del controllo delle istituzioni e un conseguente accrescimento della libertà di autodeterminazione degli individui⁸³.

Nel corso della tradizione giurisprudenziale statunitense, inoltre, la Corte Suprema ha avuto l'occasione di ribadire il rango costituzionale del diritto alla privacy anche con riferimento alla tematica del fine vita. Si fa riferimento al caso Quinlan del 1976, il quale vide coinvolta Karen Ann Quinlan, finita in coma a soli 21 anni e rimasta per il corso dei 10 anni successivi in stato vegetativo. I suoi genitori adottivi chiesero l'eutanasia e decisero di presentare una causa alla Corte Superiore del New Jersey della Contea di Morris per ottenere la cessazione delle terapie nei confronti della figlia. La Corte Superiore respinse la richiesta dei coniugi, i quali fecero ricorso alla Corte Suprema del New Jersey che si pronunciò con la sentenza

⁸² BALDASSARRE A., *Privacy e Costituzione*, Roma 1974, 315 ss.

⁸³ MENIKOFF J., *Law and Bioethics*, Georgetown 2001, 18.

70 N.J. 10; 355 A.2d 647, "*In the matter of Karen Quinlan, an alleged incompetent.*" La Corte Suprema, ai fini della decisione, riprese una serie di sentenze precedenti all'interno delle quali veniva affermato il valore costituzionale del diritto alla privacy personale, traendo da queste la conclusione per cui doveva essere riconosciuta ai coniugi la possibilità di interrompere la ventilazione alla figlia.

1.4.3 Limiti alla libertà di autodeterminazione

I limiti al diritto di autodeterminazione degli individui non presentano un confine uniforme in quanto acquistano valore differente a seconda del contesto all'interno del quale questo diritto viene fatto valere dal soggetto. Innanzitutto, con riferimento al consenso informato in ambito sanitario, si può richiamare il disposto dell'art. 5 c.c., il quale regola gli atti di disposizione del proprio corpo⁸⁴. Tale norma prevede una serie di limiti al diritto di autodeterminazione inteso come la possibilità dell'individuo di acconsentire alla realizzazione di trattamenti sul proprio corpo da un punto di vista fisico-materiale.

Un esempio pratico che si può ricavare dal divieto contenuto all'interno di questa disposizione è l'inefficacia del consenso prestato al fine di attuare pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili, in quanto contrarie alla legge e al buon costume. Tuttavia, soprattutto in ambito sanitario, non risulta abbastanza chiaro quale sia il confine d'efficacia della libertà di autodeterminazione degli individui; questo è dato soprattutto dal fatto che, come è stato precisato, è difficile risalire al fondamento giuridico specifico

⁸⁴ V. *infra* par. 1.2.2

dal quale far discendere tale principio. Oltre alle norme di rango costituzionale analizzate in precedenza, è possibile fare riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Nizza, 7 dicembre 2000), in particolare all'art. 3:

“Ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica. Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati il consenso libero ed informato della persona interessata[...]”.

Di fronte a questa disposizione, così come per quanto riguarda gli artt. 2, 13, 32 co. 2 Cost., nonostante da essi si possa ricavare un quadro completo di come deve essere recepito il principio di autodeterminazione, risulta difficile comprendere quale sia il punto di incontro tra tale principio e le esigenze che ad esso si contrappongono, come ad esempio, il diritto alla vita. Oltre alle suddette limitazioni, le quali fanno riferimento al diritto di autodeterminazione inteso come di disporre del proprio corpo da un punto di vista propriamente fisico, è possibile prendere in considerazione anche una seconda tipologia di limiti all'operatività del principio in esame; in questo caso, il soggetto andrebbe ad acconsentire non atti di disposizione del proprio corpo, ma il trattamento dei propri dati personali.

Per quanto riguarda l'individuazione dei limiti di efficacia del consenso prestato ai fini del trattamento dei propri dati personali, non si riscontrano le stesse difficoltà riscontrate in precedenza. Questo perché, facendo riferimento agli artt. 4, paragrafo 11, 7, 32, 42, 43 del GDPR e alle linee guida sul consenso del comitato europeo per la protezione dei dati ai sensi del regolamento 2016/679, si ne ricava che le istituzioni europee ripongono una particolare attenzione verso i requisiti che il consenso deve rispettare per essere valido ed efficace. In particolare:

“Deve essere fornito liberamente; deve essere informato; deve essere fornito per uno scopo specifico; devono essere chiaramente indicati tutti i motivi del trattamento; è esplicito e fornito tramite un atto positivo (ad esempio, una casella elettronica che la persona deve spuntare online o mediante una firma su un modulo); utilizza un linguaggio semplice e chiaro ed è facilmente visibile; è possibile revocare il consenso e tale possibilità viene spiegata (ad esempio, un link per annullare l’iscrizione alla fine di una newsletter elettronica).⁸⁵”

Al contrario, per quanto concerne i limiti posti alla libertà di autodeterminazione nelle fattispecie di lesioni personali e di violenza sessuale, la possibilità di risalire ad un confine invalicabile di tale libertà risulta incerta. Ciò genera un forte sentimento di confusione, soprattutto a livello giurisprudenziale, che in taluni casi rischia di influenzare la concezione dell’attendibilità della vittima.

A titolo esemplificativo, nel 2020 la Corte di cassazione ha affermato che non è possibile desumere il consenso della persona offesa dai suoi comportamenti successivi alla violenza⁸⁶. Tuttavia, prima di giungere a tale soluzione, il 14 novembre 2013, il Tribunale di Lodi ha assolto l’imputato nel reato di violenza sessuale ex art. 609 bis c.p. per via dei comportamenti che la vittima ha assunto nei suoi confronti, in data successiva al compimento del reato; nello specifico, la vittima ha accettato di farsi riaccompagnare a

⁸⁵ Criteri elaborati dalla Commissione Europea in riferimento agli artt. 4 (11), art. 7 Regolamento UE 679, 27 aprile 2016 del Parlamento Europeo e del Consiglio; artt. 32, 42, 43 GDPR; Linee guida EDPB sul consenso ai sensi del regolamento 2016/679.

⁸⁶ Cass. pen., sez. III, 16/10/2019, n. 5512, nota di FEDORCZYK F., *Attendibilità della vittima e accertamento del consenso nel reato di violenza sessuale*, in *Sist. Pen.*, 2020.

casa in automobile dall'imputato. Il 22 gennaio 2019 invece, la Corte di appello di Milano ha riformato la sentenza di primo grado condannando l'imputato. L'imputato ha proposto ricorso in cassazione facendo valere una serie di motivi, tra i quali ha lamentato il fatto che la condotta adottata dalla vittima doveva risultare incompatibile con il difetto di consenso su cui si è basata la Corte di appello nel riformulare la sentenza di primo grado. Il ricorso è stato dichiarato inammissibile dalla Corte di legittimità, la quale sostiene che in realtà, la reazione della vittima deve essere considerata pienamente compatibile con la violenza subita.

Come si può notare da questo caso concreto, il fatto che esistono delle lacune con riferimento ai requisiti che il consenso deve presentare in determinati contesti e ai limiti di validità ed efficacia di esso, causa diverse problematiche anche nei rapporti tra corti in quanto, la valutazione dell'attendibilità della persona offesa e di quella riferibile all'imputato, rientra nella piena discrezionalità del giudice che, come affermato dalla Corte⁸⁷, può giungere ad una conclusione:

“Anche sulla base di valutazioni di carattere logico, di massime di esperienza o di fatti notori, i quali devono risultare indicati nella motivazione. Come noto, infatti, l'attività valutativa del giudice deve sempre esplicitarsi, oltre che nel rispetto dei confini normativi, anche nel rispetto di confini razionali”⁸⁸.

⁸⁷ Cass. pen., sez. II, 08/07/2019, n. 29648, in *C.E.D. Cass.*, rv. 27701802.

⁸⁸ FEDORCZYK F., *Attendibilità della vittima*, cit.

CAPITOLO 2: CONSENSO INFORMATO IN AMBITO SANITARIO

SOMMARIO: 2.1 Cenni storici ed evoluzione dell'istituto. – 2.1.1 Dall' *“informed consent”* del 1957 ... – 2.1.2 ... alla Legge 219 del 2017. - 2.2 Consenso informato e responsabilità medica. – 2.2.1 I requisiti del consenso informato. – 2.2.2 Gli obblighi informativi del medico. – 2.2.2.1 Le disposizioni anticipate di trattamento. – 2.2.2.2 La responsabilità civile per inadempimento. – 2.2.3 Il ruolo dell'art. 590-sexies c.p. – 2.3 La rilevanza del consenso informato nel diritto penale. – 2.3.1 L'inquadramento basato sulle cause di giustificazione ex artt. 50-54 c.p. – 2.3.2 Il differente approccio dottrinale. – 2.3.3 L'analisi degli interventi giurisprudenziali. – 2.3.3.1 Il recepimento del principio di *“autolegittimazione dell'attività medica”*. – 2.3.3.2 La giurisprudenza di legittimità sul consenso informato quale *“vero e proprio diritto della persona”*.

2.1 Cenni storici ed evoluzione dell'istituto

Dopo aver approfondito il panorama dottrinale e giurisprudenziale relativo al consenso dell'avente diritto, è possibile analizzare il ruolo che esso assume in ambito sanitario. Si tratta di un contesto in cui vi è una particolare vulnerabilità degli individui che si affidano all'intervento sul proprio corpo di soggetti professionisti. Questi ultimi, infatti, in assenza di una manifestazione di volontà del paziente che dichiara di acconsentire all'attuazione di determinati trattamenti, sarebbero inconsapevoli delle loro esigenze e necessità. In verità, in tale ambito, non si parla solo di consenso ma si parla di consenso informato per riferirsi ad un istituto che rientra, più che all'interno della sfera medica, in una dimensione morale nella quale scienza e diritto si intersecano.

Attraverso il consenso informato, la ragione del paziente assume un ruolo rilevante ai fini della prosecuzione dei trattamenti; tuttavia, si cominciò a parlare di *“consenso informato”* solo a seguito delle innovazioni che vennero apportate alla medicina nella seconda metà del Novecento, in particolare dal 1952 con il primo utilizzo del ventilatore meccanico al 1967 con il primo

trapianto di cuore⁸⁹. Questo perché, attraverso la diffusione di numerose alternative di trattamento, l'individuo ottenne la possibilità di scegliere, in base alle informazioni acquisite dal medico, la soluzione più adatta alla sua condizione.

Tuttavia, inizialmente il paziente non era chiamato ad esprimere le proprie volontà. Il medico venne considerato una figura in grado di agire secondo il proprio arbitrio fino agli anni '50 e '60, quando negli Stati Uniti iniziarono a svilupparsi una serie di movimenti a sostegno dei diritti dei cittadini, soprattutto delle minoranze⁹⁰.

Nella realtà, sebbene il concetto di consenso informato possa considerarsi di recente diffusione, esistono delle documentazioni risalenti alle civiltà antiche (egiziana, greca e romana) dalle quali è possibile rinvenire la regola per cui l'intervento del medico presuppone già in quell'epoca una sorta di approvazione da parte del paziente⁹¹.

⁸⁹ CALLAHAN D., *Bioethics*, in REICH W. T. (a cura di), *Encyclopedia of Bioethics*, New York, 1995, 248.

⁹⁰ Si fa riferimento al fenomeno della cd. controcultura sviluppatasi nel Regno Unito e negli Stati Uniti d'America, in particolare a partire dall'assassinio di John Fitzgerald Kennedy nel novembre 1963. Fra i temi principali per i quali le minoranze si batterono, si riscontra innanzitutto la sessualità, seguito dal tema sui diritti delle donne e infine, la lotta degli afroamericani contro le perduranti discriminazioni. La causa di tali movimenti può essere identificata nella crescita demografica sviluppatasi al termine della Seconda Guerra Mondiale, la quale ha comportato uno sconsiderato aumento all'interno della comunità giovanile, caratterizzata da un generale senso di insoddisfazione nei confronti delle istituzioni e della politica. Per approfondimenti sul tema, v. ROSZAK T., *The Making of a Counterculture: Reflections on the Technocratic Society and Its Youthful Opposition*, California, 1969, *passim*.

⁹¹ In particolare, il filosofo Platone (*Le Leggi*, Libro IV) analizzando le peculiarità dell'attività del medico risalente a quell'epoca, sosteneva che: “*A curare le malattie degli uomini liberi è il medico libero che segue il decorso della malattia, la inquadra fin dall'inizio secondo il giusto metodo, mette a parte della diagnosi il malato e i suoi parenti ... egli non farà alcuna prescrizione prima di averlo in qualche modo convinto e cercherà di portare a termine la sua missione che è quella di risanarlo, ogni volta preparandolo e predisponendolo con un'opera di convincimento.*” Allo stesso modo, il medico greco

Nel corso dei secoli, tale meccanismo si indebolì, poiché non esisteva ancora il principio consensuale come lo si intende oggi e l'operato sanitario fu dominato da un forte senso di inquietudine da parte del medico ippocratico. Questi, infatti, non solo fu generalmente chiamato ad occuparsi della salute del paziente, ma dovette anche prestare attenzione a preservare la propria immagine, evitando ogni tipo di responsabilità per eventuali errori che avrebbero potuto causare danni irreversibili o la morte del paziente. Dunque, il rapporto intercorrente fra sanitario e malato si ridusse al rispetto di una serie di procedure dalle quali appariva estremamente difficile deviare e in presenza delle quali, l'opinione e le eventuali considerazioni del soggetto assistito divenivano irrilevanti; tutto ciò che poteva fare il paziente era affidarsi all'intervento arbitrario del sanitario⁹².

Tale atteggiamento di passività da parte del paziente di fronte all'intervento del medico ippocratico continuerà a sussistere fino ai già citati movimenti statunitensi verificatisi intorno alla metà del Novecento, grazie ai quali iniziò a crescere un desiderio di libertà in capo agli individui, in particolare con riferimento al diritto alla vita inteso come diritto a partecipare attivamente alle scelte riguardanti la propria incolumità fisica.

Il motivo per cui il ruolo principale nella scelta del trattamento venne trasferito dal medico al paziente non ha solo origini storiche, ma può dirsi ricavabile logicamente. Infatti, trattandosi di una scelta di natura morale, è doveroso considerare il fatto che, nel momento in cui essa deve essere effettuata, il soggetto dovrebbe prendere in considerazione non solamente elementi oggettivi di natura scientifica ma anche elementi soggettivi

Ippocrate in epoca antecedente coniava il termine "alleanza terapeutica", facendo riferimento ad un rapporto di collaborazione intercorrente tra il medico e il paziente.

⁹² MALLARDI V., *Le origini del consenso informato.*, Ancona, 2005, 312 ss.

provenienti dalla sfera morale del destinatario del trattamento (ad esempio, le sue convinzioni e le sue considerazioni relativamente alla proposta del medico). Si tratta di valori diversi a seconda della tipologia di paziente e per questo motivo si ritiene che non possa essere il medico a decidere ma il soggetto nei cui confronti si riverseranno le conseguenze della scelta.

L'innovativa concezione del ruolo del paziente così come descritta viene riconosciuta dalla Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la Biomedicina all'art. 5:

*“Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso.”*⁹³

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁹⁴, inoltre, nell'elaborazione di un'interpretazione dell'art. 8, co. 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ha proposto

⁹³ RODOTÀ S., ZATTI P., *Trattato di biodiritto – Ambito e fonti del biodiritto*, Milano 2010, 368-369. Nel trattato, gli autori analizzano la concezione che la Convenzione di Oviedo assume nei confronti del consenso in ambito sanitario. In particolare, il *focus* viene concentrato sul carattere della revocabilità del consenso informato prestato dal soggetto interessato. Ciò appare necessario al fine di considerarlo un principio generale posto alla tutela del diritto alla salute degli individui. Inoltre, si parla dell'importanza degli effetti *pro-futuro* che il consenso informato è in grado di dispiegare, in previsione ad un'ipotetica futura condizione di incapacità ad autodeterminarsi del paziente.

⁹⁴ C. Eur. Dir. Uomo, sez. IV, *Pretty v. the United Kingdom*, 29/04/2002, ric. n. 2346/02, in *HUDOC – European Court of Human Rights*, 63: “*In the sphere of medical treatment, the refusal to accept a particular treatment might, inevitably, lead to a fatal outcome, yet the imposition of medical treatment, without the consent of a mentally competent adult patient, would interfere with a person's physical integrity in a manner capable of engaging the rights protected under Article 8 of the Convention.*”

un'espansione del raggio di tutela della norma. L'operazione interpretativa attuata si fonda sulla necessità di ricomprendere, nel novero dei diritti tutelati dalla Convenzione, il diritto al rifiuto di trattamenti sul proprio corpo. Tale libertà infatti, secondo la Corte, sarebbe implicitamente compresa nel diritto fondamentale al rispetto della propria vita privata, al quale si riferisce la disposizione invocata.

2.1.1 Dall' "informed consent" del 1957 ...

Come si ha avuto modo di analizzare, il meccanismo per cui il concetto di consenso viene associato all'ambito sanitario per consentire agli individui di porre un limite ai trattamenti medici a cui essi possono essere sottoposti deve buona parte del suo sviluppo ai rivoluzionari movimenti cittadini verificatisi verso la fine del Novecento nel territorio statunitense. Prima di allora, si susseguirono numerose pronunce giurisprudenziali che contribuirono a porre le fondamenta di tale principio.

Innanzitutto, la prima importante vicenda, la quale indirizzò la giurisprudenza statunitense verso il riconoscimento del consenso informato quale principio generale, è rappresentata dal caso *Mohr vs. Williams* (1905). In tale occasione, la Corte Suprema del Minnesota condannò il Dottor Williams per aver operato una paziente in assenza del consenso di quest'ultima, provocando altresì un peggioramento delle sue condizioni di salute. La pronuncia della Corte assume un particolare rilievo per l'ordinamento statunitense in quanto per la prima volta sancisce un divieto gravante sul medico e sul chirurgo, a prescindere dalle loro competenze. Nello specifico, viene vietato loro di violare l'arbitrio e l'integrità fisica del paziente effettuando un trattamento o un'operazione senza il consenso di

quest'ultimo. La Corte, inoltre, dichiara che tale divieto deve essere percepito quale espressione del diritto sulla propria persona, di cui è titolare ogni libero cittadino e che costituisce il fondamento per tutti gli altri diritti⁹⁵.

Tuttavia, sebbene venga preso in considerazione il “diritto sulla propria persona” (“*right to himself*”), non si associa ancora il concetto di consenso a quello di autodeterminazione del paziente (“*self-determination*”). Quest'ultimo, infatti, venne statuito per la prima volta dal giudice Beniamino Cardozo nel caso *Schloendorff vs. Society of New York Hospital* (1914), il quale ebbe inizio dalla denuncia di un paziente nei confronti di un chirurgo, per aver quest'ultimo rimosso un fibroma nel corso di un esame sotto anestesia dell'addome, nonostante il paziente gli avesse specificamente chiesto di non intervenire chirurgicamente. Il giudice Cardozo, infatti, nella motivazione della sentenza ribadì il principio secondo il quale il consenso deve configurare un requisito di liceità di qualsiasi trattamento medico e/o sanitario. Inoltre, aggiunse che, qualora il medico dovesse agire in assenza del consenso prestato dal paziente ai fini della procedura, quella condotta deve considerarsi un'aggressione nei confronti del paziente⁹⁶.

Quarant'anni dopo, si sviluppò altresì l'obbligo del medico di fornire le informazioni essenziali al proprio paziente riguardanti le procedure da attuare nei suoi confronti, informazioni che, con il passare degli anni,

⁹⁵ Minnesota Supreme Court, *Mohr v. Williams*, 23/06/1905, n. 14.312, 14.360, in *Justia Law*, 195: “*the free citizen's first and greatest right, which underlies all others – the right to the inviolability of his person, in other words, his right to himself – is the subject of universal acquiescence, and this right necessarily forbids a physician or surgeon, however skillful or eminent, [...] to violate without permission the bodily integrity of his patient*”.

⁹⁶ “*Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent commits an assault, for which he is liable in damages*” (New York Court of Appeals, *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 14/04/1914, n. 211).

acquisirono il carattere di *conditio sine qua non* ai fini dell'ottenimento di un consenso valido da parte del malato; a tal proposito, decisivo fu il caso *Salgo vs. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees* (1957). Nello specifico, la Corte Suprema della California si trovò a dover prendere una decisione in relazione alla situazione di Martin Salgo, un paziente rimasto paralizzato agli arti inferiori dopo un'aortografia, il quale lamentò la mancata comunicazione, da parte dei sanitari, dei possibili rischi derivanti dalla procedura. La Corte, attraverso la sua decisione, sancì il dovere del medico di comunicare al paziente tutte le informazioni possibili relative ai suoi diritti e agli eventuali rischi di ciascun trattamento. Così, il termine “consenso informato” (“*informed consent*”) apparve per la prima volta. Infatti, si può dire che la pronuncia contribuì ad assicurare una tutela, rappresentata dall'azione legale, contro la mancata comunicazione dei trattamenti alternativi o delle possibili complicazioni derivanti dall'attività del medico⁹⁷.

Nel corso degli anni successivi vennero pronunciate diverse sentenze che si avvicinarono sempre di più alla concezione del consenso informato così come lo si intende oggi, come ad esempio il caso *Gray vs. Zurich Insurance Company* (1966)⁹⁸ e il caso *Berkey vs. Anderson*⁹⁹ (1969). In entrambi questi

⁹⁷ GREEN D. S. T., MACKENZIE C. R., *Nuances of informed consent: the paradigm of regional Anesthesia.*, *HSS J.* 2007; 115–118.

⁹⁸ Supreme Court of Pennsylvania, *Gray v. Grunnagle*, 24/06/1966, n. 423, in *Justia Law*, 144: “[...] Hence the courts formulated the rule that any extension of the operation by the Physician without the consent of the patient or someone authorized to speak for him constituted a battery or trespass upon the person of the patient for which the physician was liable in damages”.

⁹⁹ Court of Appeals of California, *Berkey v. Anderson*, 18/11/1969, n. 33136, in *Justia Law*: “Dr. Anderson did not contend that he explained the nature of a myelogram to appellant. Accepting appellant's statement as to what transpired immediately before the myelogram was ordered, as we must, the jury could have found that Dr. Anderson gave the appellant no information which would give him any conception of the procedure; in fact, that the information given would have a tendency to mislead the appellant in making his decision. The relationship between a physician and his patient is fiduciary, which, like

casi, i giudici ribadirono la necessità per cui il consenso debba considerarsi “consapevole”, sottolineando il ruolo fondamentale rivestito dall’informativa trasmessa dal medico al paziente prima di procedere con il trattamento, ai fini della validità del consenso.

Alla luce di tutti questi interventi giurisprudenziali susseguiti, si diffuse una forte tensione in capo al personale sanitario. In particolare, è possibile individuare due grandi conseguenze che segnarono il mondo della medicina.

La prima fu indubbiamente la sua burocratizzazione, derivante dalla formulazione di informative assai dettagliate e difficilmente decifrabili dai pazienti. Inoltre, si sviluppò sempre di più il fenomeno della c.d. medicina difensiva, in base alla quale il medico tenderebbe a preoccuparsi più delle possibili ripercussioni legali che potrebbero derivargli, che della condizione e delle necessità riportate dal suo assistito¹⁰⁰.

all such relationships, imposes a duty of full disclosure. [...] If appellant was simply told a myelogram was nothing to worry about and that the most uncomfortable thing about it was being tilted about on a cold table, the jury could have concluded that under the facts the statement was actually deceptive. The procedure as outlined by the doctors obviously entailed much more, both as to comfort and risk. Appellant asked Dr. Anderson, "what is a myelogram; is it like the electromyograms that I have been having?" The jury could have found that this called for more than a few mollifying words which grossly understated the seriousness of the procedure”.

¹⁰⁰ Sul concetto di “medicina difensiva”, v. MANNA A., *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa, 2014, *passim*. L’autore effettua un’attenta analisi del fenomeno, distinguendo due forme in cui esso si può manifestare. La medicina difensiva positiva, in primo luogo, fa riferimento a trattamenti non strettamente necessari. Particolare importanza, invece, viene acquisita dalla medicina difensiva negativa, che si sostanzia nel rifiuto di trattare casi complessi per evitare di ricadere in responsabilità in caso di esito negativo dell’intervento. Un simil atteggiamento adottato dal personale medico non solo incide sui costi di sanità pubblica, ma compromette altresì l’efficienza dell’operato sanitario. Da ciò emerge la necessità di trovare un equilibrio adeguato tra la tutela della figura professionale del medico e la salvaguardia del diritto alla salute dei pazienti.

2.1.2 ... alla Legge 219 del 2017

All'interno dell'ordinamento italiano si iniziò a considerare il concetto di consenso informato agli inizi degli anni Novanta. Tale passaggio, tuttavia, non fu graduale come avvenne negli Stati Uniti, ma fu connotato da una brusca importazione del principio. Non è possibile, infatti, considerare una vera e propria evoluzione storica del principio del consenso informato nell'ordinamento italiano. Questo in quanto non si sviluppò, parimenti a quanto avvenne nell'ordinamento statunitense, quale risultato di un insieme di movimenti collettivi e di prese di posizione da parte della giurisprudenza, ma come conseguenza di un forte condizionamento anglosassone. Inoltre, la mentalità collettiva a livello nazionale apparve nettamente differente rispetto a quella statunitense. Ciò comportò una maggiore difficoltà ad accogliere gli ideali che contribuirono al consolidamento di un tale meccanismo all'interno del contesto sanitario. Infatti, fino a quel momento, la concezione comune del medico era connotata da un'etica paternalistica, tanto che egli veniva considerato come l'unica figura in grado di prendere delle decisioni per i propri pazienti, in forza della generale convinzione secondo la quale il medico avrebbe sempre intrapreso la migliore soluzione, a prescindere dalla sussistenza del consenso della persona.

Questa visione condizionò di gran lunga il sistema penalistico italiano; nella pratica si distinse un atto di lesione personale attuato da un semplice cittadino da quello cagionato da un medico, considerando quest'ultimo giustificato dalla posizione professionale ricoperta dal suo autore.

Il primo celebre avvenimento che segnò l'adattamento dell'istituto di matrice anglosassone al nostro ordinamento fu il caso *Massimo* del 1992. Nello specifico, la Cassazione penale dovette pronunciarsi su un fatto, risalente al

1983, riguardante il decesso di una paziente nel corso di un intervento, per il quale la vittima non espresse il suo consenso nei confronti del chirurgo operante. La Corte, basandosi sull'assenza di presupposti di necessità e urgenza terapeutiche riferibili al caso concreto, confermò la sentenza del 1991 della Corte di Assise di Appello di Firenze, condannando il chirurgo per il reato di omicidio preterintenzionale ex art. 584 c.p. Nella pronuncia, infatti, viene posto in luce il fatto che la condanna deve essere inflitta a prescindere dalle finalità curative in forza delle quali il medico ha attuato la condotta¹⁰¹.

Così, l'ordinamento italiano giunse a tradurre l'istituto nato in America dell'*informed consent* in "consenso informato". Tuttavia, il passaggio dalla locuzione americana a quella italiana avvenne impropriamente in quanto sarebbe stato più ragionevole parlare di informazione per il consenso. *In primis*, per fornire maggiore coerenza al concetto ma soprattutto, al fine di permettere una più ragionevole interpretazione dell'espressione senza tralasciare tutti i concetti che il principio può implicare¹⁰².

In seguito al caso *Massimo*, in Italia, si cominciò gradualmente ad abbandonare quella visione paternalistica del rapporto intercorrente tra medico e paziente per lasciare posto – all'interno di esso – ad una condizione di "alleanza terapeutica", la quale fu, già nella medicina greca antica, oggetto di numerosi scritti del padre della medicina Ippocrate¹⁰³.

¹⁰¹ Cass. pen., sez. V, 21/04/1992 n. 5693, in *Cass. pen.*, 1993, 63 ss.

¹⁰² MALLARDI V., *Le origini del consenso informato.*, cit., 322.

¹⁰³ In realtà, Ippocrate non fa riferimento direttamente all'interpretazione moderna di "alleanza terapeutica", in quanto si tratta di una nozione sviluppatosi prevalentemente nel XX secolo. Negli scritti di Ippocrate, tuttavia, è possibile riscontrare diversi passaggi riguardanti il rapporto di fiducia e collaborazione tra medico e paziente, precursori del moderno concetto di "alleanza terapeutica". Cfr. É. LITTRÉ, *Oeuvres complètes d'Hippocrate*, Paris, 1839-1861, *passim*.

A livello legislativo, il picco massimo di evoluzione del rapporto è costituito dalle prime modifiche apportate al Codice Deontologico Medico nel 2004, in particolare all'art. 17, prima disposizione del Capo I – *Regole generali di comportamento*. Tale modifica ha infatti trasformato la denominazione della persona assistita, da “paziente” (dal latino “*patior*”, tradotto letteralmente significa “colui che soffre”) a “cittadino” e ciò ha contribuito all'innovazione della comune concezione di quest'ultimo all'interno del rapporto. In primo luogo, viene evidenziato il carattere universale dei diritti fondamentali della persona, i quali devono essere obbligatoriamente rispettati dal medico. Inoltre, ci si allontana ulteriormente da quella visione paternalistica che vedeva l'assistito come un soggetto passivo del rapporto, per aprirsi ad un'evoluzione culturale e ad un'acquisizione di coscienza e maturità in riferimento ai diritti individuali che comporta, dunque, una concezione di parità di ruoli nel legame intercorrente tra curante e curato.

Anche nell'ordinamento italiano, tuttavia, queste novità portarono inevitabilmente alla burocratizzazione del sistema. Questo perché si passò dalla convinzione secondo la quale il medico potesse agire unilateralmente nei confronti dei suoi pazienti a considerare il medico come una figura che, in date circostanze, dovrebbe porre in primo piano la validità del consenso prestato dal paziente.

La svolta legislativa definitiva si ebbe in Italia con l'approvazione del Senato della Legge 219 del 22 dicembre 2017 sul *Consenso informato e le direttive anticipate*, la quale sancì una normativa a tutela del diritto all'autodeterminazione degli individui all'interno del contesto sanitario. L'approvazione definitiva della legge fu il risultato di una serie di sedici proposte di legge in tema di consenso informato e dichiarazioni anticipate di trattamento. Il compito di elaborare il testo definitivo, alla luce delle proposte

ricevute, venne delegato ad un Comitato Ristretto interno alla Commissione, il quale unificò le proposte di legge depositate.

Oltre all'importanza del consenso informato prestato dal paziente, le disposizioni contenute nella legge si riferiscono alle scelte relative al fine vita (Disposizioni Anticipate di Trattamento o DAT), strettamente connesse alla tutela del diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione degli individui. I punti salienti toccati ruotano essenzialmente attorno all'obbligo, del medico, di informare il paziente e alla conseguente possibilità di quest'ultimo di rifiutare i trattamenti propostigli dal primo. Le finalità del quadro normativo sono ribadite in tutte le otto disposizioni della legge, a partire dalla prima norma, la quale fa riferimento alla Costituzione e, in particolare, agli articoli 2, 13 e 32 i quali - come visto in precedenza – possono pacificamente rappresentare il fondamento costituzionale del diritto all'autodeterminazione degli individui, nonché alla vita, alla salute e alla dignità¹⁰⁴.

2.2 Consenso informato e responsabilità medica

2.2.1 I requisiti del consenso informato

Il consenso informato è considerato un atto personalissimo, in quanto riguarda una decisione che solo il paziente può prendere, relativa alla propria personalità, alla propria vita e alla propria salute. Per questo motivo, il primo

¹⁰⁴ In particolare, cfr. co. 1, art. 1: “*La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge.*”

requisito dell'atto è senz'altro il suo carattere personale, ciò significa che questo non può in alcun modo essere delegato a terzi ma deve sempre essere concesso *ex ante* dal paziente interessato, fatti salvi i casi di incapacità riguardanti i soggetti infermi di mente o i soggetti minorenni. Tale criterio è stato ripreso dalla giurisprudenza del Tribunale di Milano¹⁰⁵. Nel caso di specie, la Corte ha dichiarato l'invalidità del consenso proveniente da un parente dell'interessato, essendo, quest'ultimo, pienamente capace di manifestare autonomamente la propria volontà.

Tuttavia, il carattere personalissimo del consenso informato non implica il divieto assoluto per il medico di intervenire in casi di emergenza. Si fa riferimento alle situazioni in cui, risalire alla volontà del paziente costituirebbe un'operazione estremamente onerosa per il medico in termini di tempistica e ne conseguirebbe il rischio di deteriorare le condizioni del paziente. Lo stesso art. 2 Cost. prevede un dovere di solidarietà in capo al medico dal quale si evince che nelle situazioni di emergenza, nelle quali appare maggiormente rischioso astenersi dall'intervenire rispetto all'attuazione dell'intervento stesso, egli debba comunque procedere con l'operazione¹⁰⁶.

Caratteristiche fondamentali che il consenso deve possedere in ambito sanitario sono sicuramente la libertà e la spontaneità; infatti – come affermato¹⁰⁷ - deve apparire privo di vizi che possono condizionare il

¹⁰⁵ “Non può ritenersi valido il consenso espresso da uno dei parenti, giacché quando, come nel caso di specie, il paziente è capace di intendere e volere egli è l'unico soggetto legittimato a consentire trattamenti che incidano sul proprio corpo e sulla qualità della propria vita.” Sent. Trib. Milano, sez. VII, 14/05/1998, n. 16882, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 487; nota di GORGONI A., *La “stagione” del consenso e dell'informazione: strumenti di realizzazione del diritto alla salute e di quello all'autodeterminazione*, in *Riv. Iris* 1999, 500 ss.

¹⁰⁶ FRESA M., *La colpa professionale in ambito sanitario*, Milano, 2008, 104 ss.

¹⁰⁷ V. *infra* 1.2.1

processo di formazione di volontà del malato¹⁰⁸. Infine, deve essere fornito esplicitamente, in maniera espressa e univoca; spetterà poi al curante il compito di verificare la genuinità del consenso prestato dal curato.

Ai fini della validità del consenso informato, viene data prevalenza alla forma scritta. Dunque, soprattutto per interventi complessi o invasivi, l'interessato è chiamato a sottoscrivere il documento fornitogli dal sanitario in un momento antecedente l'operazione. Tale documento deve contenere tutte le informazioni necessarie al fine di formare la volontà del paziente. Infatti, la formalità della sottoscrizione rappresenta l'accettazione da parte di esso delle condizioni indicate all'interno del documento.

2.2.2 Gli obblighi informativi del medico

Un punto di partenza fondamentale in relazione agli obblighi facenti capo al medico nell'esercizio della sua professione è costituito dal Codice di Deontologia Medica. Esso si compone di una serie di norme "extragiuridiche"¹⁰⁹ che regolano il rapporto del medico con le autorità, i cittadini e i colleghi. Partendo dal presupposto che si parli di norme "extragiuridiche", la parte dominante della dottrina ritiene che gli Ordini

¹⁰⁸ A questo proposito, si richiama la legge n. 458 del 26/06/1967, *Trapianto del rene tra persone viventi*, in *Gazzetta Ufficiale*, 03/05/2018, n. 58852. In particolare, si richiama l'art. 2 co. 3: "Il pretore, accertata l'esistenza delle condizioni di cui al precedente comma e accertato altresì che il donatore si è determinato all'atto della donazione di un rene liberamente e spontaneamente, cura la redazione per iscritto delle relative dichiarazioni."

¹⁰⁹ Si tratta di norme extragiuridiche in quanto applicabili unicamente all'interno dell'ambito sanitario, esse non sono, dunque, vincolanti giuridicamente ma sono imposte agli individui operanti all'interno di tale contesto per garantire il rispetto della professione. Dunque, avendo loro riguardo, ci si distanzia dalla normale concezione della norma generale e astratta, per accogliere l'idea di una regolamentazione della condotta elaborata da soggetti dotati di competenze analoghe a quelle appartenenti ai destinatari dello stesso Codice.

professionali abbiano – in tutta discrezionalità - il compito di adottare le misure adeguate a garantire il rispetto, non soltanto delle regole scritte all'interno del documento, ma talvolta della professione e del contesto sanitario. Infatti, l'art. 38, DPR 5 aprile 1950, n. 221¹¹⁰, appartenente al Capo IV rubricato: “*Delle sanzioni disciplinari e del relativo procedimento*”, prevede la sottoposizione a procedimento disciplinare dei medici responsabili di abusi, negligenze o fatti pregiudicanti il decoro della professione.

L'art. 40 dello stesso DPR, inoltre, prevede quattro tipologie di sanzioni disciplinari. In primo luogo, l'avvertimento costituisce la sanzione meno severa, attraverso la quale il soggetto viene semplicemente invitato a non attuare la medesima condotta, senza infliggere ad esso una vera e propria punizione. A seguire, la censura rappresenta una sorta di rimprovero che non si limita ad un semplice invito a non reiterare la condotta. Essa esprime chiaramente al medico il danneggiamento che egli ha causato alla propria reputazione professionale. Una punizione vera e propria, invece, è rappresentata dalla sospensione dall'esercizio della professione per la durata da uno a sei mesi. Infine, la sanzione più grave è la radiazione dall'Albo, attraverso la quale il medico viene interdetto definitivamente dall'esercizio della sua attività professionale, salvo successiva riabilitazione.

Soprattutto per quanto riguarda la sospensione dall'esercizio della professione, si rileva che tale previsione ha subito una serie di modifiche che hanno comportato l'accrescimento della discrezionalità dell'Ordine nel

¹¹⁰ DPR 05/04/1950 n. 221 "Approvazione del regolamento per l'esecuzione del D.lgs. 13 settembre 1946, n. 233, sulla ricostituzione degli Ordini delle professioni sanitarie e per la disciplina dell'esercizio delle professioni stesse"

regolare la sanzione attribuibile all'autore della violazione a seconda della sua colpa disciplinare.

In particolare, è possibile riferirsi agli artt. 3 co. 1 e 5 co. 4 della legge n. 175 del 5 febbraio 1992¹¹¹, i quali sono stati modificati dalla normativa n. 46 del 26 febbraio 1999¹¹²: “*Disposizioni in materia di professioni sanitarie*”. Per quanto riguarda le violazioni regolate dagli artt. citati (esercenti effettuanti pubblicità non autorizzata), la legge 46/1999, ha previsto l'irrogazione della censura o della sospensione all'esercizio della professione sanitaria regolata dall'art. 40, DPR 221/1950. In questo modo, per quanto riguarda le sanzioni della censura e della sospensione, l'Ordine acquista il proprio arbitrio nel giudicare l'entità della misura applicabile al caso concreto.

Gli obblighi informativi che possono gravare in capo al personale medico sono contenuti principalmente al Titolo IV del Codice Deontologico, rubricato “*Informazione e comunicazione consenso e dissenso*”, il quale si compone di sette disposizioni (artt. 33-39). In primo luogo, l'art. 33 si occupa di sancire il generale obbligo di informare il paziente o il suo rappresentante legale, utilizzando un linguaggio comprensibile e completo di tutte le indicazioni concernenti la diagnosi, la prognosi, la terapia e le sue alternative. Tali informazioni, come stabilito dalla norma successiva, possono essere altresì fornite a terzi rispetto al paziente e al rappresentante legale, a patto che sia stato lo stesso paziente a fornire i nomi dei soggetti idonei a ricevere comunicazioni circa il suo stato di salute.

¹¹¹ L. 05/02/1992 n. 175 *Norme in materia di pubblicità sanitaria e di repressione dell'esercizio abusivo delle professioni sanitarie.*

¹¹² L. 26/02/1999 n. 42 *Disposizioni in materia di professioni sanitarie.*

L'importanza del consenso e del dissenso informato è invece espressa dall'art. 35, il quale incarica il medico come unica figura in grado di accertarsi della sua sussistenza.

Segue l'art. 36 del Codice che sottolinea la doverosità dell'intervento sanitario in condizioni di urgenza e di emergenza. Il medico, infatti, in questi casi ha l'obbligo di intervenire nei confronti del paziente per garantirgli la massima assistenza. Questo non solo qualora egli abbia espresso le sue volontà ai fini dell'intervento, ma talvolta anche se non le abbia direttamente espresse, ad esempio, per incapacità di interagire dovuta alle sue condizioni, in quanto il medico è sempre tenuto a fornire l'assistenza indispensabile al paziente.

Per quanto riguarda il ruolo del rappresentante legale (art. 37), egli è presente qualora il paziente dovesse essere un minore o una persona incapace. In questi casi il medico procede con l'acquisizione del consenso o del dissenso direttamente dal rappresentante o da colui che ne esercita la potestà genitoriale. Dunque, se dovesse sussistere un'opposizione dello stesso a determinati trattamenti, competerebbe allo specialista il compito di procedere con una segnalazione all'autorità competente.

2.2.2.1 Le disposizioni anticipate di trattamento

Il Titolo IV del Codice Deontologico prevede come norma di chiusura l'art. 38 dedicato alle Dichiarazioni anticipate di trattamento (DAT). Esse rappresentano la massima espansione dell'istituto del consenso informato all'interno dell'ordinamento. Sono state introdotte dalla legge 219/2017, la quale si pone come obiettivo principale quello di garantire il rispetto del consenso informato e del diritto di autodeterminazione degli individui nei

rapporti con i medici e le strutture sanitarie. Le DAT sono regolate dall'art. 4 della legge, il quale ne stabilisce i presupposti di validità e di attuazione. In particolare, la norma individua come legittimati ad esprimere la propria volontà, attraverso l'elaborazione di tali disposizioni anticipate, i soggetti maggiorenni dotati di capacità di intendere e di volere.

Il motivo per cui il soggetto dovrebbe percepire la necessità di fornire le suddette disposizioni anticipate ha natura del tutto precauzionale. Infatti, quest'ultimo è interessato a comunicare le proprie volontà in previsione di una futura incapacità di disporre di sé; dunque, il presupposto della disciplina è costituito dall'importanza di preservare e tutelare il diritto ad autodeterminarsi del soggetto interessato. La norma, inoltre, prevede la possibilità di nominare un "fiduciario", ovverossia una figura che possa garantire il rispetto delle volontà del paziente, qualora esso si trovasse in un potenziale stato di incapacità. Inoltre, il Consiglio di Stato nel 2018¹¹³ ha chiarito la possibilità in capo al fiduciario, nell'adempimento dei propri doveri nei confronti di chi l'ha nominato, di accedere alla banca dati per verificare l'esistenza di possibili disposizioni anticipate elaborate dal paziente. Il fiduciario beneficia di tale possibilità nel pieno rispetto del diritto alla riservatezza del soggetto interessato in quanto, lo stesso art. 4, co. 2 della legge prevede che ad esso venga trasmessa una copia delle disposizioni rilasciate.

Le DAT possono contenere diverse tipologie di indicazioni, l'esempio più plausibile è rappresentato dal consenso (o dissenso) all'attuazione di determinate tipologie di trattamento. Tuttavia, ciò che viene previsto

¹¹³ Cons. di Stato, comm. spec., 31/07/2018, n. 1991, in *Foro Amm.*, 2018 sulla libertà del paziente di manifestare la propria volontà. Cfr. inoltre, nota di BALDINI G., *Riflessioni di Biodiritto. Profili evolutivi e nuove questioni*, Padova, 2019, 375.

all'interno di esse non può essere considerato assoluto e inderogabile, in quanto il co. 5 della norma in esame prevede la possibilità, per il medico in accordo con il fiduciario nominato, di disattendere il contenuto. Nel caso in cui invece non vi sia accordo tra medico e fiduciario, la previsione richiama il regime dettato dall'art. 3, co. 5, dunque, dal combinato disposto delle due norme, se ne rinviene che, qualora il medico e il fiduciario non siano d'accordo nel disattendere le disposizioni date dal paziente, la decisione spetta al giudice tutelare.

È stato pocanzi accennato che le DAT sono state introdotte dalla legge n. 219/2017 in attuazione del principio del consenso informato. Basti pensare alle situazioni in cui tali disposizioni dovessero non esistere, in questo caso, appare maggiormente complesso garantire il rispetto del consenso informato del paziente. Si tratta di un argomento particolarmente delicato che, recentemente, ha comportato una presa di posizione da parte della Corte costituzionale. Ciò a seguito del sollevamento di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, co. 4 e 5 della legge n. 219/2017, il quale prevede la possibilità dell'amministratore di sostegno, in assenza di DAT, di rifiutare i trattamenti per conto del paziente senza l'autorizzazione del giudice tutelare. In particolare, il giudice rimettente lamentava la violazione del diritto personalissimo di rifiutare le cure, tutelato dagli artt. 2, 13 e 32 Cost., richiedendo una nuova normativa che prevedesse l'obbligatorietà dell'autorizzazione del giudice tutelare. La Corte, nel giungere ad una decisione, pone in evidenza le caratteristiche dell'istituto dell'amministratore di sostegno. La peculiarità di tale istituto è rappresentata dall'adattamento dei poteri, conferiti dal giudice tutelare all'amministratore con decreto di nomina, al caso concreto. L'art. 405 c.c. *Decreto di nomina dell'amministratore di sostegno. Durata dell'incarico e relativa pubblicità,*

al co. 5, nel regolare il contenuto del decreto, lascia intendere che la tipologia di atti effettuabili, di durata della nomina e dell'incarico trasmessi all'amministratore appaiono diversi in base alle circostanze. Sulla base di tali riflessioni, la Corte ha rigettato la questione di legittimità sollevata sostenendo che l'art. 3, co. 4 e 5 della legge in realtà si riferisce ai soli casi in cui, attraverso il decreto di nomina, conferito dal giudice tutelare, all'amministratore sia stata espressamente concessa la possibilità di rifiutare le cure necessarie a garantire la sopravvivenza del paziente¹¹⁴.

2.2.2.2 La responsabilità civile per inadempimento

Qualora il medico dovesse risultare inadempiente di fronte agli obblighi a cui è sottoposto, innanzitutto violerebbe il diritto di autodeterminazione di cui il paziente è titolare. Inoltre, talune violazioni in relazione ai suoi obblighi informativi potrebbero configurare una lesione del diritto alla salute del soggetto.

Da un punto di vista civilistico, un esempio di tale responsabilità può essere effettuato avendo riguardo di una recente sentenza pronunciata dal Tribunale di Palermo¹¹⁵. Nel caso di specie una gestante lamentava di non essere stata adeguatamente assistita nel corso della gravidanza. In particolare, essa accusava il medico per non averle fornito le informazioni necessarie al fine di permetterle di venire a conoscenza delle condizioni di salute del feto. Nella pronuncia, il Tribunale ha chiarito che i doveri di assistenza sanitaria facenti capo al medico nel rapporto intercorrente con la paziente nel corso

¹¹⁴ Corte cost., 13/06/2019, n. 144, in *Dir. & Giust.*, fasc. 109, 10, con nota di MARINO G., *Amministratore di sostegno e rifiuto delle cure: normativa incostituzionale?*

¹¹⁵ Sent. Trib. Palermo sez. III, 23/06/2022, n. 2772, in *Red. Giuffrè* 2022.

della gestazione, non sottendono solo i trattamenti e le terapie a beneficio della salute di essa e di quella del feto. Essi devono, infatti, comprendere anche gli obblighi informativi del sanitario, essendo egli tenuto a comunicare alla paziente tutte le informazioni possibili circa le eventuali complicazioni e/o i difetti genetici riscontrati attraverso un'adeguata attività diagnostica prenatale. Alla luce di tali considerazioni, il Tribunale di Palermo ha affermato la responsabilità del medico per l'inadempimento di suddette obbligazioni di accertamento e comunicazione, condannandolo al risarcimento del danno nei confronti della paziente.

Al giudizio innestato a seguito dell'inadempimento del medico dinnanzi ai suoi obblighi informativi, per il quale viene richiesto il risarcimento dal paziente, si applicano le regole riferibili alla responsabilità contrattuale civilistica. Questo perché il rapporto tra medico e paziente è considerato parimenti ad un contratto. Dunque, se l'attore dovesse lamentare una violazione dei suoi diritti da parte del sanitario e, contestualmente, chiedere il risarcimento del danno derivante da tale violazione, l'onere della prova ricadrebbe su esso. In particolare, ai sensi dell'art. 1218 c.c., il soggetto avrebbe l'onere di fornire la prova dell'esistenza del contratto e del fatto che, l'aggravamento delle proprie condizioni, è dovuto a un errore del medico. Di contro, sul medico convenuto spetterà l'onere di provare che non è intervenuto un inadempimento da parte sua, ovvero che non vi sia un nesso causale tra l'inadempimento e il danno lamentato dal paziente¹¹⁶.

In una recente pronuncia, la Suprema Corte si è occupata delle diverse sfaccettature che può assumere la responsabilità del personale sanitario in

¹¹⁶ Cass. civ., SS. UU., 11/01/2008, n. 577, in *Giust. Civ.* 2009, 2532.

relazione ai suddetti inadempimenti¹¹⁷. Nel caso di specie, il risarcimento era stato richiesto da un soggetto che lamentava danni patrimoniali e biologici a seguito di un errore verificatosi nel corso di un intervento chirurgico. Il paziente, inoltre, aveva richiesto il risarcimento del danno derivante dalla lesione al proprio diritto di autodeterminazione, in quanto il medico avrebbe proceduto in assenza del suo consenso informato. La Corte ha distinto, sotto il profilo del danno risarcibile, la fattispecie di violazione del diritto di autodeterminazione del paziente da quella che si compone di una violazione del suo diritto alla salute. In particolare, il medico sarebbe condannato al risarcimento del danno nei confronti del paziente per violazione del suo diritto di autodeterminazione, nel caso in cui avesse omesso di trasmettergli un'informazione preventiva ovvero qualora quest'ultima risultasse insufficiente ai fini della formazione di una completa consapevolezza dell'assistito.

È possibile riscontrare invece, un danno al diritto alla salute di quest'ultimo ogni qualvolta dovesse risultare che, se egli avesse ricevuto un'adeguata informativa circa le possibili conseguenze riguardanti l'intervento, avrebbe considerato un trattamento alternativo rispetto a quello attuato, rivelatosi dannoso per le sue condizioni di salute. Dunque, ai fini della configurabilità di una violazione del diritto alla salute dell'assistito, rileva, oltre al danno conseguente dall'operazione, il cd. dissenso presunto, ovvero sia il disaccordo che egli avrebbe manifestato qualora il medico avesse adeguatamente adempiuto ai propri doveri informativi nei suoi confronti.

¹¹⁷ Cass. civ., sez. III, 12/06/2023, n. 16633, in *Giust. Civ. Massim.*, 2023. Cfr. in particolare la nota di SERPETTI A. B., *La violazione dell'obbligo informativo in relazione alla lesione del diritto all'autodeterminazione e alla salute*, in *IUS Resp. Civ.*, 2023.

Inoltre, vengono rilevati una serie di elementi che contribuiscono a formare il fatto costitutivo del credito risarcitorio di cui è titolare il paziente offeso dall'inadempimento del medico. *In primis*, viene considerata la condotta lesiva adottata, per quanto riguarda l'omissione o l'incompletezza nella trasmissione di informazioni all'assistito. In secondo luogo, la violazione del diritto alla salute o di autodeterminazione del paziente o ad entrambi, che costituisce l'evento di danno verificatosi come conseguenza della condotta lesiva. Infine, rilevano ai fini della configurabilità di un danno risarcibile le conseguenze dannose concrete subite dall'offeso, per essere stato sottoposto ad un trattamento indesiderato ovvero per non essere venuto a conoscenza dei rischi legati ad esso o delle possibili alternative.

Con tale pronuncia, dunque, la Corte di cassazione ha stabilito che la responsabilità gravante sul medico inadempiente dinnanzi ai suoi obblighi informativi nei confronti del paziente, rileva tanto in riferimento al danno provocato al diritto alla salute di costui, quanto a quello cagionato nei confronti del suo diritto di autodeterminarsi. Conseguenza di ciò, così come affermato nella sentenza, è la risarcibilità del paziente anche qualora egli non dimostri che avrebbe rifiutato l'intervento se fosse stato a conoscenza dei rischi e delle possibili complicazioni della stessa. Infatti, in questi casi ciò che verrebbe risarcito è il diritto alla salute dell'assistito, qualora fosse intervenuto un cd. "danno iatrogeno". Quest'ultimo si manifesta qualora si verifichi un peggioramento¹¹⁸ delle condizioni del paziente, dovuto ad una condotta dolosa o colposa del medico. Il diritto alla salute, dunque, rileva in termini di tutela dell'integrità psicofisica del paziente. Ciò nella misura in

¹¹⁸ La Corte, nel caso di specie, chiarisce il significato di "complicanza" facendo riferimento a qualsiasi conseguenza discendente dall'intervento sanitario. Si tratterebbe di conseguenze e rischi di cui il medico, sulla base delle proprie competenze professionali, doveva essere a conoscenza prima dell'intervento nei confronti del paziente.

cui il danno si colloca in una fattispecie nella quale è già sussistente una patologia di base, in seguito incrementata dall'intervento chirurgico. In questa prospettiva, il danno verificatosi prende il nome di “danno disfunzionale”, pacificamente associabile ad un danno biologico, per il quale lo stesso paziente aveva richiesto il risarcimento.

Sulla base delle suddette considerazioni e considerata la gravità delle condizioni riportate a seguito dell'intervento, la Corte ha accolto la presunzione per cui, a prescindere dal consenso che il paziente avrebbe prestato se correttamente informato, ad egli non sia stata data la possibilità di affrontare le conseguenze dell'intervento.

Un elemento di fondamentale importanza incidente sulla responsabilità professionale del medico è costituito dallo strumento della rivalsa, regolamentato dall'art. 9 della legge 24/2017¹¹⁹. Di fronte a tale previsione, la situazione appare complicata se si considera che, oltre al rapporto intercorrente tra medico e paziente, è importante considerare la posizione della struttura ospedaliera, quale nucleo organizzativo dell'attività sanitaria. Infatti, per comprendere meglio la questione, è necessario partire dal presupposto che la posizione del medico è connotata da una certa autonomia professionale, così come affermato dalla legge n. 219/2017, ma anche dalla legge n. 3/2018¹²⁰. Dunque, sulla base di tale presupposto, se ne ricava che non è possibile considerare il medico quale “collaboratore” della struttura nell'assistenza prestata ai pazienti. Egli deve considerarsi una figura operante autonomamente, di conseguenza, portatore di un certo grado di

¹¹⁹ L. *Gelli-Bianco*, 08/03/2018, n. 24. Si tratta di una svolta legislativa dell'ordinamento che ha portato all'introduzione di una serie di norme riguardanti la sicurezza delle cure e la responsabilità professionale del personale sanitario in Italia.

¹²⁰ L. 11/01/2018, n. 3, *Delega al Governo in materia di sperimentazione clinica di medicinali nonché disposizioni per il riordino delle professioni sanitarie e per la dirigenza sanitaria del Ministero della salute*.

responsabilità. Da qui se ne ricava la rappresentazione di un duplice rapporto: il primo intercorrente tra il paziente e il medico in veste di figura autonoma, il secondo intercorrente tra il paziente e la struttura ospedaliera. Ciò pone il paziente nella posizione di poter agire nei confronti dell'uno o dell'altro, per ragioni diverse e con possibilità di risultato differenti.

Di conseguenza, acquista rilevanza, al di là di suddetti rapporti, anche il rapporto interno intercorrente tra medico e struttura sanitaria, nella misura in cui il primo può considerarsi debitore del secondo, ad esempio, nel caso in cui l'errore dovesse essere del medico e il paziente dovesse agire contro la struttura. Appare fondamentale, ai fini della corretta applicazione dell'istituto della rivalsa, considerare le diverse inclinazioni che la tutela risarcitoria del paziente potrebbe assumere in relazione al grado di responsabilità del sanitario e della struttura¹²¹. Questo perché la previsione ex art. 9 della legge, introducendo tale strumento, mira a ridurre la pressione sul medico e, di conseguenza, a contrastare la pratica della medicina difensiva. Tuttavia, se la struttura ospedaliera avesse la possibilità di agire senza limiti nei confronti del medico inteso come figura autonoma, il problema della medicina difensiva permarrebbe, si sposterebbe solamente sui rapporti interni¹²².

Per quanto riguarda la responsabilità della struttura, la legge n. 24/2017 all'art. 7 richiama gli artt. 1228 e 1218 c.c. In particolare, la presenza dell'art. 1228 c.c. rende possibile considerare il carattere oggettivo della

¹²¹ Tuttavia, è bene considerare che la responsabilità personale del medico, anche qualora il paziente dovesse agire nei confronti della struttura, non viene eliminata. Egli avrebbe in ogni caso un obbligo contrattuale verso il paziente, in quanto la sua professionalità ha un ruolo centrale nella prestazione sanitaria, pur essendo esercitata all'interno di una struttura. A tal proposito, CASTRONOVO C., *Responsabilità civile*, Milano 2018, 561 ss.

¹²² CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, Milano 2015, 161.

responsabilità attribuibile alla struttura¹²³. Questo perché essa non risponde di una propria condotta colposa o dolosa, ma si rende responsabile per essersi avvalsa dell'intervento (doloso o colposo) del medico. La legge si è infatti basata sull'orientamento giurisprudenziale che classifica il rapporto tra paziente e struttura come rapporto contrattuale atipico di "spedalità", il quale non si limita alla fruizione dell'intervento da parte del medico, ma comprende ulteriori obblighi accessori (ad esempio, il vitto e alloggio). Da ciò se ne ricava che la responsabilità in capo alla struttura può formarsi non solo con riguardo al mal operato medico, ma in relazione a qualsiasi inadempimento riferibile a suddette prestazioni¹²⁴.

Quello della legge 24/2017 è un chiaro tentativo di alleggerimento della responsabilità del medico, che tuttavia rischia di cancellare dall'ordinamento la concezione relazionale della sua posizione nei rapporti con i pazienti. Tale rischio si traduce in un atteggiamento di incoerenza e contraddizione facente capo al legislatore se si pensa che, a distanza di poco tempo dalla legge 24/2017, lo stesso ha promulgato la sopracitata legge 219/2017 la quale, al contrario, enfatizza il carattere relazionale del ruolo del medico nella relazione professionale con il paziente, in particolare prevedendo che:

“È promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra medico e paziente che si basa sul consenso informato nel

¹²³ La Cass. civ., sez. III 11/11/2019, n. 28987, in *Red. Giuffrè 2022*, ha stabilito che il fondamento della responsabilità oggettiva della struttura, in veste di datore di lavoro che si avvale del sanitario per adempiere alla propria obbligazione contrattuale nei confronti del paziente, trova radice nel rischio a cui si è sottoposta “utilizzando” il terzo per l'adempimento dell'obbligazione. Il rischio di cui parla la Cassazione è *in eligendo* e viene in tal modo considerato, pur in mancanza di uno scopo di profitto, per la semplice natura organizzativa della struttura.

¹²⁴ Cass. civ., sez. III, 30/10/2015, n. 19541, in *Giust. civ.*, 2020. In particolare, con riferimento agli obblighi di protezione, cfr. CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1990, 3; L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1988, 1087 ss.

quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico.”

Un ulteriore punto critico della legge è costituito dal fatto che l'alleggerimento della posizione del sanitario interviene in quanto egli opera all'interno di una struttura. Qualora egli dovesse intervenire al di fuori di essa nei confronti del paziente, la sua responsabilità sarebbe molto più accentuata, con la conseguenza che il fenomeno della medicina difensiva continuerebbe, ad ogni modo, a verificarsi¹²⁵.

2.2.3 Il ruolo dell'art. 590-sexies c.p.

L'art. 590-sexies c.p. è una norma introdotta dalla legge *Gelli-Bianco*, essa si occupa di regolamentare la responsabilità colposa per morte o lesioni personali gravante sul medico. In particolare, il co. 2 esclude la punibilità del medico, qualora la fattispecie di omicidio colposo o di lesioni si sia verificata a causa della sua imperizia¹²⁶ e siano state rispettate le direttive sancite dalla

¹²⁵ NICOLUSSI A., *Responsabilità sanitaria e rivalsa*, in *Eur. e Dir. Priv.*, fasc. 4, 657.

¹²⁶ Sul concetto di imperizia v. GALLO M., *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Torino, 2014, 468. L'autore la colloca tra le forme della colpa professionale, riscontrabile nelle professioni che richiedono specifiche competenze tecniche. In particolare, nell'effettuare una distinzione con l'imprudenza e la negligenza, egli definisce l'esecuzione di un'attività professionale connotata da imperizia quale carente di competenza tecnica o di capacità pratica. Secondo tale prospettazione, l'errore deriverebbe da una formazione insufficiente, da una carenza di abilità tecniche ovvero da un'applicazione inadeguata delle competenze. Per quanto concerne l'attività medico-chirurgica, dunque, l'imperizia sussisterebbe nei casi in cui il medico, seppure applicando correttamente le linee guida o i protocolli previsti dalla disciplina, a causa di un difetto di preparazione o di assenza di abilità, commetta un errore dannoso per la salute del paziente. Inoltre, v. Cass. pen., sez. III, 29/11/1957, n. 561, in *Arch. Pen.*, 2017, 16: “*la imperizia si risolve nella insufficiente attitudine intellettuale del soggetto ad avvalersi della portata di taluni principii, regolanti in modo specifico determinati campi della*

disciplina. Si tratta di un tentativo, da parte del legislatore, di alleggerire la posizione del sanitario nei rapporti con il paziente, al fine di contrastare il fenomeno della medicina difensiva. Infatti, il legislatore della sopracitata legge 24/2017 avrebbe potuto prendere in considerazione questa disposizione allo scopo di reprimere tale atteggiamento di eccessiva autotutela adottato dal medico, come conseguenza dell'incertezza della disciplina sanzionatoria, ad esempio, avrebbe costituito una buona soluzione la valorizzazione del ruolo delle associazioni scientifiche e dell'ordine dei medici in modo da delineare dei criteri adeguati e, dunque, ottenere decisioni maggiormente prevedibili. Attraverso tali innovazioni, infatti, si avrebbe facilitato il procedimento decisorio del giudice, il quale avrebbe avuto a sua disposizione dei criteri di valutazione oggettivi senza dover ricorrere abitualmente ad un controllo approfondito da parte dei periti.

Nella realtà, tuttavia, fin dalla sua introduzione, la norma ha causato numerosi dubbi interpretativi, i quali sono stati più volte oggetto d'intervento della Suprema Corte¹²⁷, innestando in particolar modo un contrasto all'interno della Quarta sezione. Tale conflitto deriva dall'incoerenza espositiva che risulta evidente al co. 2 della disposizione, il quale prevede dei presupposti, ai fini dell'eliminazione della responsabilità dell'agente, in contrapposizione tra loro. Infatti, partendo dalla considerazione per cui, l'imperizia si riferisce ad un atteggiamento inesperto, appare difficilmente inquadrabile una situazione in cui tale condizione conviva con il corretto rispetto di direttive adeguate al caso concreto.

scienza, della tecnica o delle arti, per realizzare una concreta esperienza di vita in conformità ai dettami dell'ordinamento giuridico."

¹²⁷ CUPELLI C., *Cronaca di un contrasto annunciato: la legge Gelli-Bianco alle Sezioni unite*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, 244 ss.

In primo luogo, la sentenza *Tarabori*¹²⁸ si è basata su un'interpretazione teleologica e sistematica della norma, sostenendo che la stessa si dovesse applicare anche nei confronti di un medico che avesse cagionato un evento lesivo a causa di imperizia professionale. Questo qualora il soggetto avesse, anche in un diverso momento rispetto a quello di attuazione della condotta cagionante il danno, applicato le direttive previste. Tuttavia, tale impostazione venne respinta in quanto contrastante con l'art. 32 Cost, nella misura in cui essa autorizzerebbe il medico ad attuare una violazione del diritto alla salute dell'individuo, limitandosi a sancire il criterio del perseguimento delle direttive. Inoltre, la citata pronuncia, escludendo la sussistenza della punibilità pur in assenza di un presupposto giustificativo della condotta, si parrebbe altresì in contrasto con il principio di colpevolezza ex art. 27 Cost.

Il secondo tentativo di fornire alla norma un'interpretazione conforme ai principi costituzionali è stato esperito dalla sentenza *Cavazza*¹²⁹. Con tale pronuncia, la Corte ha adottato un'interpretazione letterale dell'art. 590-*sexies*, co. 2 c.p., affermando che l'unica ipotesi in cui sarebbe possibile configurare la responsabilità penale del medico per imperizia, dovrebbe riferirsi al caso in cui egli avesse agito secondo linee guida inadeguate rispetto alle esigenze richieste dal caso concreto. Tale interpretazione si sostanzia nel tentativo della Corte di avvicinare ulteriormente la norma alla sua *ratio* di contrasto alla medicina difensiva. Tuttavia, l'impostazione così

¹²⁸ Cass. pen., sez. IV, 07/06/2017, n. 28187, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, 280 ss., con nota di CUPELLI C., *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio.*

¹²⁹ Cass. pen., sez. IV, 19/10/2017, n. 50078, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, con nota di CUPELLI C., *Quale (non) punibilità per l'imperizia? La Cassazione torna sull'ambito applicativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto: si avvicinano le Sezioni unite.*

prospettata dalla Corte viene ritenuta eccessivamente fedele al disposto letterale della norma. Secondo la critica mossa dalle Sezioni Unite¹³⁰, una tale interpretazione rischierebbe di amplificare i dubbi circa l'incompatibilità dell'art. 590-*sexies* c.p. con i principi costituzionali di uguaglianza e parità di trattamento. Ciò nella misura in cui giungerebbe a svuotare di responsabilità la figura del medico lasciando invariata quella facente capo ad altre figure professionali tenute anch'esse a operare “*con alti coefficienti di difficoltà tecnica*”.

Infine, una soluzione interpretativa è stata fornita dalla sentenza *Mariotti*, con la quale le Sezioni Unite hanno stabilito quale fase dell'operato sanitario debba considerarsi rilevante al fine di configurare la responsabilità penale colposa del medico. In particolare, la sentenza ha posto il *focus* sulla fase di scelta, da parte del sanitario, delle linee guida¹³¹, sostenendo che egli non possa ritenersi responsabile, ai sensi dell'art. 590-*sexies*, co. 2 c.p., qualora l'evento sia stato causato “*da imperizia lieve in fase esecutiva delle linee guida*”¹³².

Dunque, la pronuncia interpreta il disposto dell'art. 590-*sexies*, ricavandone una responsabilità colposa gravante sul medico nelle fattispecie in cui egli abbia agito con imperizia, sia grave, sia lieve. Mentre, sulla base del dettato della norma così come interpretato dalle Sezioni Unite, rileverebbe solo una

¹³⁰ Cass. pen., SS. UU., 21/12/2017, n. 8770, in *Red. Giur. Pen.* 2018.

¹³¹ Cass. pen., sez. IV, 03/02/2022, n. 7849, in *CED Cass. Pen.* 2022. Le linee guida in ambito sanitario così come individuate dall'art. 5 della l. n. 24/2017, si riferiscono a raccomandazioni generali. Si tratta di principi generali aventi portata non obbligatoria, la cui applicabilità al caso concreto spetta al medico, in relazione alle condizioni e alle esigenze del paziente.

¹³² Cass. pen., SS. UU., 21/12/2017, n. 8770, in *Dir. Pen. Cont.*, 2018, con nota di CUPELLI C., *L'art. 590-*sexies* c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione “costituzionalmente conforme” dell'imperizia medica (ancora) punibile.*

condotta caratterizzata da imperizia grave ai fini della configurabilità della responsabilità del medico, qualora le direttive siano state correttamente seguite e le linee guida adottate si rivelino adeguate al caso concreto.

2.3 La rilevanza del consenso informato nel diritto penale

In ambito penalistico, il tema relativo all'inquadramento del consenso quale fondamento di liceità dell'attività medico-chirurgica ha causato l'innestarsi di un dibattito in dottrina e in giurisprudenza. Si tratta di uno scontro ancora attuale e in continuo mutamento, caratterizzato dall'avanzarsi di molteplici orientamenti, ciascuno basato su un differente principio generale. La necessità di individuare un fondamento di liceità nasce in ragione della natura dell'attività esercitata dal medico. Infatti, si tratta di una condotta facilmente riconducibile ad una *possessio corporis*, nella quale il rischio di incorrere in una fattispecie di reato di lesioni personali, ovvero di omicidio, appare particolarmente alto¹³³.

Delle diverse posizioni prese in relazione al tema, risulta possibile individuare due macrocategorie. La prima si riferisce alle impostazioni per cui, in una fattispecie configurabile quale reato di lesioni personali, la presenza del consenso costituirebbe un fondamento di legittimità dell'attività medico-chirurgica solo se associato a una delle cause di giustificazione ex artt. 50-54 c.p. La seconda macrocategoria invece, sostiene la non applicabilità delle cause di giustificazione tipiche alle fattispecie di intervento sanitario. Da queste si discosta una terza posizione, secondo la quale l'attività deve considerarsi lecita, non nella misura in cui verrebbe

¹³³ MANNA A., *La responsabilità professionale in ambito sanitario: profili di diritto penale.*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2007, 591.

meno la componente dell'antigiuridicità, bensì poiché non sarebbe possibile ravvisare nella fattispecie il fatto tipico costituito dalla condotta di lesioni, di conseguenza, non ritiene applicabile alcuna causa di giustificazione¹³⁴.

2.3.1 L'inquadramento basato sulle cause di giustificazione ex artt. 50-54 c.p.

In relazione alla prima tipologia, viene in rilievo, secondo la dottrina tradizionale, l'istituto ex art. 50 c.p. del consenso dell'avente diritto. Ciò nella misura in cui, il consenso prestato dal paziente farebbe venire meno l'antigiuridicità del fatto tipico di lesioni personali causate dal medico¹³⁵. Le problematiche derivanti da questa impostazione sono immediatamente evidenti, in particolare, avendo riguardo ai limiti di validità del consenso come scriminante. In primo luogo, si è visto essere necessario il carattere della disponibilità dei diritti. Il consenso informato prestato dal paziente nei confronti del medico, invece, rappresenta un vero e proprio atto di disposizione con il quale egli intraprende delle decisioni, talvolta riferibili al proprio diritto alla vita. Quest'ultimo non può essere considerato un bene indisponibile secondo la dottrina prevalente¹³⁶, con la conseguenza per cui il consenso informato così come descritto non è associabile al consenso dell'avente diritto ex art. 50 c.p. Oltre a riferirsi al proprio diritto alla vita, il

¹³⁴ Per una sintesi sulle varie posizioni v. COCCO G., AMBROSETTI E. M., *Manuale di diritto penale*, cit., 171 ss.

¹³⁵ VIGANÒ F., in MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Codice penale commentato*, Torino, 2011, *Sub art. 50 c.p.*, 510 ss.

¹³⁶ V. in particolare GIUNTA F., *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 388. L'autore si basa sulle previsioni contenute negli artt. 579 (omicidio del consenziente) e 580 c.p. (istigazione ed aiuto al suicidio) per affermare che il diritto alla vita viene inquadrato dalla stessa legge quale diritto indisponibile da parte degli individui.

paziente, nel prestare il consenso informato all'operazione, dispone della propria integrità fisica, bene tutelato in particolar modo dall'art. 5 c.c., quale diritto indisponibile. L'art. 5 c.c. inoltre, ha l'effetto di limitare il campo applicativo dell'istituto del consenso dell'avente diritto alle ipotesi in cui l'atto di disposizione non provochi una diminuzione permanente dell'integrità fisica del soggetto o non sia contrario alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume¹³⁷. Con la conseguenza per cui, in tali situazioni, il consenso non può essere validamente considerato una scriminante. Anche in relazione a tali considerazioni, dunque, il consenso prestato dal paziente non si riferisce al consenso previsto ex art. 50 c.p. Infatti, se così fosse, gli interventi che portassero al danneggiamento permanente dell'integrità fisica del paziente non verrebbero scriminati, comportando sempre una responsabilità penale in capo al sanitario¹³⁸.

La seconda teoria avanzata dalla dottrina che ravvisa il fondamento di liceità dell'attività medico-chirurgica in una scriminante, si riferisce all'art. 51 c.p., la scriminante dell'esercizio di un diritto. Ciò, in particolare, sulla base del fatto che la definizione e regolamentazione delle professioni sanitarie è attività compiuta dalla stessa legge, la quale autorizza l'utilizzo di mezzi e

¹³⁷ Secondo una dottrina minoritaria, in realtà, l'art. 5 c.c. non parrebbe applicabile in ambito penalistico, nella misura in cui la *ratio* della norma sarebbe quella di proibire il fenomeno della contrattazione di organi provenienti dal corpo umano. Tra i sostenitori di tale teoria si fa riferimento, in particolare, a GALGANO F., *Diritto privato*, Padova, 1999, 90 ss. Ad esso viene opposta una critica da parte di MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984, 31, il quale sostiene la portata generale del principio ex art. 5 c.c., non essendo limitato solo agli atti a titolo oneroso, ma a tutti gli atti di disposizione dell'integrità fisica, sia a vantaggio di terzi, sia a proprio vantaggio. Dunque, la norma non può limitarsi a produrre effetti solo in ambito civilistico, ma deve essere intesa quale principio regolatore generale applicabile alle diverse branche del diritto.

¹³⁸ Ad esempio, come evidenziato da MANNA A., *Profili penalistici*, cit., 28, si rischierebbe di ritenere penalmente responsabile il medico ogni qualvolta, spinto dalle necessità caratterizzanti la procedura, dovesse imputare un arto o asportare un organo al paziente.

procedure ai fini di consentirne l'esercizio¹³⁹. Da questo punto di vista, il medico adotta una condotta lecita nella misura in cui agisce nell'esercizio della propria professione. Dunque, la tesi in analisi sostiene il principio per cui, al momento del rilascio dell'attestato di abilitazione professionale, al medico viene altresì conferita la facoltà, riconosciuta dalla legge, di intervenire nei confronti dei pazienti.

Un primo problema causato dall'operazione di far derivare il fondamento di liceità della condotta medica dall'art. 51 c.p. si pone in relazione al fatto che, in accoglimento di questa tesi, si prospetterebbe il reato ex art. 582 c.p. (lesioni personali) nell'ipotesi di un intervento chirurgico che, seppur legittimo e avente esito positivo, è stato eseguito da un soggetto non abilitato. Tuttavia, la configurazione del reato non è corretta, in quanto la disciplina applicabile in questo caso è quella prevista dall'art. 348 c.p. (esercizio abusivo della professione)¹⁴⁰. Inoltre, appare necessario considerare tutti gli interventi riferibili all'attività medico-chirurgica che vengono attuati al fine di adempiere ad un dovere imposto dall'ordinamento. In questi casi, non sembra potersi configurare l'istituto dell'esercizio di un diritto, essendo essi associati a obblighi di intervento e non a facoltà il cui esercizio è giustificato dall'art. 51 c.p.¹⁴¹

¹³⁹ Considerazioni espresse da MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale*, cit., 156.

¹⁴⁰ Critica mossa da MANNA A., *Profili penalistici*, cit., 89.

¹⁴¹ GUERINONI E., *Attività sanitaria e responsabilità civile*, in *Corr. Giur.*, 2013, 10. A titolo esemplificativo, v. art. 593, co. 2 c.p., il quale sanziona il reato di omissione di soccorso. Infatti, la norma non fa riferimento a diritti di cui il sanitario è titolare ma a delle obbligazioni alle quali egli è tenuto a adempiere, con il solo limite della sussistenza di un dissenso esplicitato dal paziente. In risposta a tale problematica è stata elaborata la teoria secondo la quale la scriminante applicabile non sarebbe quella dell'esercizio di un diritto, bensì dell'adempimento di un dovere. Secondo tale impostazione, apparirebbe sufficiente la necessità dell'intervento del medico per considerarlo lecito. Tuttavia, l'ambito di applicabilità della scriminante sarebbe ridotto alle ipotesi in cui la legge stessa

Infine, l'impostazione risulta problematica in relazione all'eccessivo spazio di libertà che sarebbe concesso al medico se questa venisse perseguita. Infatti, egli, essendo giustificato dall'esercizio delle facoltà derivanti dalla propria professione, verrebbe posto nella condizione di poter agire sempre arbitrariamente e senza limiti nei confronti dei pazienti. Si tratta di uno scenario inverosimile, data la necessità di garantire la tutela, in particolare, del diritto alla salute e all'autodeterminazione degli assistiti. A tal proposito, una soluzione prospettabile – sempre in relazione all'applicabilità dell'esercizio di un diritto quale scriminante della condotta medica – parrebbe quella di ravvisare nel consenso del paziente, un limite posto al fine di assicurare la piena liceità dell'attività medico-chirurgica. Tuttavia, tale orientamento si discosta dalla concezione del consenso inteso come consenso dell'avente diritto ex art. 50 c.p.¹⁴² Dunque, il consenso che viene richiesto deve essere inteso come un requisito-limite alla condotta del medico, che la legge prevede ai fini dell'esercizio lecito dell'attività sanitaria, nel rispetto dei diritti del paziente¹⁴³.

L'orientamento prende in considerazione le ipotesi in cui il paziente, a causa delle proprie condizioni di salute, non sia in grado di prestare il proprio

sancisca l'obbligatorietà dell'intervento sanitario, come nel caso dell'art. 593, co. 2 c.p. Prevendo, dunque, che nelle ipotesi in cui tale obbligatorietà non sussista, debba essere il paziente a rivolgersi nei confronti del medico. Tuttavia, anche questo orientamento viene reso oggetto di critiche in dottrina, in particolare cfr. GIUNTA F., *Il consenso informato*, cit., 385-390. L'autore sostiene che, nonostante l'obbligatorietà dell'intervento venga prevista dalla legge, il medico deve in ogni caso adempiere ai propri doveri informativi nei confronti del paziente e solo con il consenso prestato da quest'ultimo può procedere con le operazioni necessarie, pena l'illiceità del suo intervento.

¹⁴² MANNA A., *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *Ind. Pen.*, 2004, 451 ss.

¹⁴³ VIGANÒ F., *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 141 ss. In particolare, l'autore sostiene che la legge autorizza l'attività del medico sulla base dell'utilità che questa comporta agli individui. Tuttavia, egli sostiene che la stessa legge presuppone altresì il consenso informato del paziente, affinché l'attività possa considerarsi lecita.

consenso. In sintesi, tale problematica viene risolta delegando il compito di manifestare la volontà del soggetto al tutore o al genitore che ne esercita la responsabilità genitoriale, nelle ipotesi in cui essi risultino sussistere. In caso contrario, il medico è chiamato a procedere con l'intervento soltanto qualora dovesse prospettarsi una situazione d'urgenza, sulla base del consenso che il paziente avrebbe presumibilmente prestato se fosse stato cosciente (cd. consenso presunto). Secondo la tesi, nelle ipotesi *ivi* riportate, il medico sarebbe responsabile qualora l'intervento dovesse concludersi con esito negativo per le condizioni del paziente. Al contrario, un esito positivo escluderebbe la possibilità di ritenere il medico penalmente responsabile.

Anche avverso l'impostazione in esame vengono opposte critiche, in particolare sotto il profilo dell'impossibilità di considerare lecita o meno la condotta del sanitario in relazione all'esito dell'intervento¹⁴⁴. Inoltre, anche qui si prospetterebbe la problematica legata alla libertà del medico, qualora il paziente non fosse in grado di manifestare le proprie volontà, di attuare qualsiasi tipo di procedura secondo il proprio arbitrio e in assenza di un fondamento giustificativo adeguato di tale facoltà¹⁴⁵.

Secondo la dottrina (Giunta) e la giurisprudenza (Cass. pen. sez. UU., 18/12/2008, n. 2437) tradizionali, la scriminante applicabile nelle suddette ipotesi sarebbe quella prevista all'art. 54 c.p., lo stato di necessità. Qualora il paziente non sia nelle condizioni di prestare il proprio consenso all'intervento del medico, ove quest'ultimo dovesse procedere, sarebbe

¹⁴⁴ MANNA A., *Profili penalistici*, cit., 59. La critica fa riferimento al fatto che la legge autorizza la condotta sanitaria in quanto esercizio di un'attività professionale posta a beneficio della salute e del benessere degli individui. Ciò a prescindere dalle conseguenze e dagli effetti che possono verificarsi in relazione ad essa.

¹⁴⁵ INTRONA F., *La responsabilità professionale nell'esercizio delle arti sanitarie*, Padova, 1955, 33. L'autore evidenzia il contrasto di una tale previsione con il disposto dell'art. 32, co. 2 Cost., dal momento in cui obbligherebbe il soggetto incosciente ad essere sottoposto al trattamento sanitario.

responsabile del delitto di lesioni personali dolose. Tuttavia, se dovesse sussistere una situazione d'urgenza ovvero la necessità di agire medicalmente nei confronti del paziente in un breve lasso di tempo, la condotta del sanitario sarebbe scriminata dall'istituto ex art. 54 c.p.¹⁴⁶.

Circa la concezione del ruolo dello stato di necessità in relazione all'ipotesi prospettata, in dottrina si formano due diverse impostazioni. La prima, partendo dal presupposto per cui si tratta di un elemento che, se presente nella fattispecie, incide sul concetto di inesigibilità della condotta del sanitario, descrive l'istituto in esame come un'esimente soggettiva¹⁴⁷.

Secondo la dottrina dominante invece, nella fattispecie non sarebbe prospettabile l'intervento di un danno sociale derivante dalla condotta adottata dall'agente. La conseguenza di ciò appare la rinuncia dell'ordinamento a tutelare i beni giuridici resi oggetto del bilanciamento di interessi che sta alla base dell'istituto ex art. 54 c.p.¹⁴⁸.

Fuori dalle ipotesi in cui il paziente non sia in grado di manifestare il proprio consenso, la possibilità di considerare lo stato di necessità quale istituto applicabile in ambito sanitario, suscita non pochi dubbi e problematiche. In particolare, in materia di trapianti, se l'istituto trovasse sempre applicazione,

¹⁴⁶ GIUNTA F., *Il consenso informato*, cit., 390.

¹⁴⁷ RONCO M., ARDIZZONE S., ROMANO B. (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2009, *sub art. 54 c.p.*, 400 ss. In particolare, lo stato di necessità incide sulla condotta del sanitario creando una condizione per cui non sarebbe possibile esigere una condotta differente rispetto a quella da esso adottata. Questa impostazione viene obiettata da GROSSO C. F., *Necessità (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1977, 883 ss., il quale sostiene che il disposto dell'art. 54 c.p. si riferisce alle ipotesi in cui l'agente debba salvare sé stesso o un proprio congiunto da una situazione di pericolo. Di conseguenza, secondo l'autore non si potrebbe invocare la scriminante nelle fattispecie in cui il rischio incombesse su un soggetto estraneo al sanitario.

¹⁴⁸ Tuttavia, ai fini dell'applicabilità della scriminante, risulta necessario che il bene tutelato attraverso l'intervento, in assenza di consenso, sia di rango superiore o equivalente rispetto a quello sacrificato. V. FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 267.

si dovrebbe ammettere che il medico possa, secondo i livelli d'urgenza, prelevare un organo di un paziente, a prescindere dall'assenza di un consenso prestato da questo, per trapiantarlo nel corpo di un altro. Infatti, tale impostazione si porrebbe in contrasto con l'art. 32, co. 2 Cost. nella misura in cui ammetterebbe la possibilità di obbligare un soggetto, in tali circostanze, ad essere sottoposto all'intervento di esportazione dell'organo. Per tale motivo, risulta pacifico che l'art. 54 c.p. deve considerarsi applicabile in ambito sanitario soltanto in relazione alle fattispecie nelle quali non risulta possibile invocare nessun'altra causa di giustificazione¹⁴⁹.

Tuttavia, secondo un'ulteriore impostazione, l'art. 54 c.p. non sarebbe applicabile neppure nelle ipotesi di operazioni effettuate nei confronti di soggetti incoscienti¹⁵⁰. In base a questa teoria, l'obbligo giuridico di cui il medico è titolare discenderebbe dall'art. 40, co. 2 c.p., il quale sanziona i cd. reati omissivi¹⁵¹. Con la conseguenza per cui, non si tratterebbe di una condotta scriminata dall'esistenza di uno stato di necessità ma di un dovere gravante sul medico di agire per salvaguardare il bene della vita del paziente.

¹⁴⁹ A confermare tale affermazione è la stessa L. 26/06/1967, n. 458 sul trapianto di rene tra persone viventi. L'art. 2 prevede che lo stato di necessità può essere invocato solo nei casi in cui il ricevente non è in grado di consentire al trapianto. Allo stesso tempo, tra i presupposti del trapianto, si rileva il consenso validamente prestato dal donatore, il quale deve essere dotato di piena capacità di intendere e volere.

¹⁵⁰ DE LILLO J., *Dissenso informato e trattamento sanitario salvavita terapeutico*, in *Arch. Pen.*, 2014, 3. In base a questa impostazione, ciò che fa venir meno il fatto tipico nella fattispecie è la sussistenza dell'istituto dell'adempimento del dovere ex art. 51 c.p.

¹⁵¹ L'omissione di cui può rendersi responsabile penalmente il medico nei suoi rapporti con il paziente è la cd. omissione impropria. Essa, infatti, si differenzia dall'omissione di soccorso in quanto si riferisce a soggetti che rivestono una posizione di garanzia, in forza di una propria connessione con il bene giuridico tutelato e di una fonte normativa che preveda tale obbligo giuridico di intervenire. Il medico ha, di fatto, una posizione di sicurezza data dal fatto che il paziente, affidandosi ad esso, si basa sul ruolo professionale esercitato dallo stesso.

2.3.2 Il differente approccio dottrinale

La seconda macrocategoria di orientamenti formati in relazione al tentativo di rilevare un fondamento di liceità dell'attività medico-chirurgica si oppone all'applicabilità di una delle cause di giustificazione previste dalla normativa penale. In particolare, si afferma la possibilità di integrare, attraverso un ragionamento analogico *in bonam partem*, le cause di giustificazione previste dal Codice penale agli artt. 50-54. Questo in quanto, tali norme non soggiacerebbero al divieto di interpretazione analogica previsto ex art. 14 delle preleggi¹⁵², trattandosi di norme non sfavorevoli, espressione di principi generali¹⁵³. Questa matrice di pensiero, dunque, si riferisce alla possibilità di considerare l'attività medico-chirurgica quale espressione di una scriminante non codificata. Da tale orientamento, discendono due inclinazioni differenti.

In primo luogo, si riscontra un'impostazione che distingue a seconda che l'intervento abbia avuto esito fausto o meno. In particolare, nel caso in cui lo stesso si concluda positivamente, apportando un miglioramento alle condizioni del paziente, la tesi sostiene che non sussiste la necessità di ricorrere ad alcuna scriminante, non essendo il medico in ogni caso responsabile del delitto di lesioni personali. In caso contrario, qualora il soggetto dovesse riportare un peggioramento delle sue condizioni di salute, si configurerebbe il reato di cui all'art. 582 c.p. (lesione personale). Di

¹⁵² Art. 14 disposizioni sulla legge in generale (Applicazione delle leggi penali ed eccezionali): “*Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati.*”

¹⁵³ Cfr. ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 97 ss. L'autore giustifica l'impossibilità di applicare il divieto di interpretazione analogica alle norme aventi ad oggetto cause di giustificazione, sulla base delle loro caratteristiche. Esse, infatti, non possono essere considerate norme penali in senso stretto in quanto non in grado di provocare un danno in capo al reo. Inoltre, non possono neppure essere considerate norme speciali, in quanto portatrici di principi generali.

conseguenza, il fondamento di liceità è ravvisabile nell'operato stesso del medico e si configurerebbe come una scriminante non codificata. In tal senso, il bilanciamento di interessi effettuato privilegierebbe l'attività medico-chirurgica non avendo essa causato alcun danno sociale¹⁵⁴.

Tuttavia, tale impostazione non prende in considerazione il fatto che un esito negativo può dipendere da elementi ulteriori rispetto alla liceità o meno della condotta adottata dal medico, come, ad esempio, dalle patologie pregresse gravanti sul paziente. In particolare, viene mossa una critica a questa tesi sulla base del fatto che non appare ragionevole distinguere a seconda dell'esito verificatosi a seguito dell'intervento. Ciò che acquista rilevanza, ai fini dell'inquadramento della responsabilità del sanitario è la liceità originaria della causa che ha provocato la lesione. Inoltre, un altro punto critico è rappresentato dal fatto che al medico verrebbe riconosciuta completa libertà nell'esercizio della propria professione, sulla base di un interesse dell'ordinamento¹⁵⁵.

Un secondo orientamento si discosta dall'analisi dei risultati che l'intervento ha causato sulla salute del paziente per privilegiare la diligenza adottata dal medico nel corso del trattamento. Infatti, secondo questa tesi, l'elemento giustificativo dell'attività sanitaria si riscontrerebbe proprio nella conformità dell'operato alle regole dettate dalla disciplina e alle esigenze del paziente. Tale teoria prospetta una causa di giustificazione atipica derivante dall'applicazione di istituti codificati (adempimento di un dovere, consenso dell'avente diritto, stato di necessità) a fattispecie che, al contrario, non vengono esplicitamente regolate dalla legge (consenso presunto e necessità

¹⁵⁴ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 317. L'autore sostiene l'esistenza di un primario interesse dello Stato alla cura e alla salvaguardia del diritto alla salute e alla vita degli individui.

¹⁵⁵ Critica mossa da MANNA A., *Profili penalistici*, cit., 114-115.

medica)¹⁵⁶. *In primis*, viene elaborata una volontà ipotetica del paziente, sostenendo la tesi per cui il medico agisce nella convinzione che egli avrebbe prestato il proprio consenso al trattamento, qualora avesse ricevuto un'adeguata informazione. In questo caso, il meccanismo associativo avviene tra l'istituto del consenso dell'avente diritto e la fattispecie atipica del consenso presunto. Tuttavia, tale associazione viene accompagnata da tutte le problematiche riferibili all'applicazione del primo istituto¹⁵⁷, specie nelle ipotesi in cui il soggetto non sia in grado di prestare il proprio consenso e intervenga una situazione di necessità.

A tal proposito sembrerebbe maggiormente ragionevole l'applicazione dello stato di necessità ex art. 54 c.p. Tuttavia, considerati i limiti strutturali riferibili all'istituto¹⁵⁸, la dottrina ha elaborato la figura della cd. "necessità medica", quale concetto discendente da un'interpretazione analogica *in*

¹⁵⁶ GIUNTA F., *Il consenso informato*, cit., 390.

¹⁵⁷ In particolare, si fa riferimento ai limiti posti dall'art. 5 c.c. in riferimento alla sfera applicativa dell'art. 50 c.p., così come evidenziato da MANNA A., *Profili penalistici*, cit., 114.

¹⁵⁸ Si fa riferimento, anzitutto al requisito strutturale dell'attualità del pericolo, in quanto, in assenza di tale circostanza, per ottenere il consenso del paziente il medico dovrebbe risvegliarlo. Questo andrebbe sicuramente a peggiorare la condizione del soggetto, nella misura le tempistiche d'intervento verrebbero inevitabilmente prolungate. Inoltre, tale criterio appare incompatibile con l'ambito sanitario già in relazione al fatto che il medico è preposto soprattutto alla funzione di contrastare pericoli futuri. Infine, la scriminante per essere validamente applicata richiede altresì la condizione per cui il pericolo non sarebbe in alcun modo evitabile. Ciò appare difficilmente compatibile con l'operato sanitario, il quale si compone di innumerevoli alternative di trattamento. La conseguenza principale, discendente da queste problematiche relative ai tentativi di applicare la disciplina ex art. 54 c.p. all'attività medico-chirurgica, è costituita dall'espansione del fenomeno della cd. medicina difensiva. Ciò nella misura in cui, in una situazione di urgenza, il medico, piuttosto di attenersi a tutti questi criteri restrittivi derivanti dalla disciplina e di rischiare di incombere in responsabilità nei confronti del paziente e/o dei familiari di quest'ultimo, sceglierebbe di non operare. Sul punto v. ROTOLO G., *"Medicina difensiva" e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 1259 ss.

bonam partem della disciplina ex art. 54 c.p.¹⁵⁹. La suddetta elaborazione dottrinale trova dei limiti dettati dallo stesso legislatore, il quale volutamente conferisce una particolare rigidità all'istituto dello stato di necessità attraverso la statuizione per cui il pericolo deve essere attuale, non causato volontariamente dall'autore, inevitabile e proporzionale al fatto commesso. Tale rigidità è funzionale a porre dei confini alla sua invocazione. Se questi non sussistessero o se si prevedesse la possibilità di ovviare ad essi, si prospetterebbe il rischio di esporre gli individui al sacrificio di un proprio bene giuridico in assenza di un presupposto adeguato.

Infine, appare necessario prendere in considerazione un terzo orientamento dottrinale. Esso, a differenza delle due impostazioni analizzate, non considera applicabile alcuna causa di giustificazione alle fattispecie caratterizzate da un'attività medico-chirurgica. Questo nella misura in cui la liceità del trattamento non discenderebbe dall'assenza di antiggiuridicità della condotta del sanitario, bensì dall'esclusione dell'elemento del fatto tipico¹⁶⁰.

Suddetto inquadramento sembra maggiormente condivisibile, viene infatti richiamato a presupposto dall'impostazione¹⁶¹ secondo la quale il consenso prestato dal paziente costituirebbe il fondamento di legittimazione dell'intervento effettuato dal sanitario.

Sulla base di tali osservazioni, verrebbe meno la problematica circa la configurabilità di una scriminante (tipica o atipica) in grado di eliminare

¹⁵⁹ MANNA A., *Profili penalistici*, cit., 116. L'autore individua quale ragione principale di tale procedimento dottrinale di analogia, l'esigenza di ampliare il novero delle cause di giustificazione previste dalla normativa penalistica. Infatti, secondo parte della dottrina, queste risulterebbero insufficienti non essendo in grado di fronteggiare a tutte le possibili complicazioni facilmente verificabili nelle fattispecie concrete in ambito sanitario.

¹⁶⁰ MANNA A., *Trattamento medico chirurgico*, Milano, 1992, 1288.

¹⁶¹ Cfr. RONCO M., ARDIZZONE S., ROMANO B. (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., sub art. 54 c.p., 532.

l'antigiuridicità della condotta del medico. Questo nella misura in cui non si prospetterebbe il fatto tipico rappresentato dalla condotta di lesioni personali, in forza dell'accordo intercorrente tra il sanitario e il paziente avente ad oggetto il consenso prestato da quest'ultimo¹⁶².

2.3.3 L'analisi degli interventi giurisprudenziali

In giurisprudenza, per molto tempo, è andato a protrarsi un dibattito circa la configurabilità della responsabilità penale del medico, in relazione al mancato rispetto del consenso informato in danno del paziente. L'incertezza creatasi relativamente alla possibilità di considerare penalmente rilevante tale condotta, deriva da una lacuna caratterizzante le fonti normative dalle quali il consenso informato discende¹⁶³. Infatti, queste ometterebbero di prevedere una sanzione penale applicabile in capo al medico in caso di inosservanza dell'obbligo prescritto.

È già stata considerata la rilevanza storica dell'intervento della Suprema Corte in relazione al caso *Massimo*, ai fini del riconoscimento giurisprudenziale del consenso informato¹⁶⁴. Si è analizzato come la Corte, per la prima volta nell'ordinamento italiano, si sia discostata dal principio paternalistico legittimante l'operato del medico che avesse operato secondo le *leges artis*¹⁶⁵, a prescindere dalle volontà e dalle esigenze riportate dal

¹⁶² COCCO G., AMBROSETTI E. M., *Manuale di diritto penale*, cit., 171-172.

¹⁶³ Si fa riferimento, ad esempio, all'art. 32, co. 2 Cost., all'art. 33 della l. 833/1978 istitutiva del Servizio sanitario nazionale; all'art. 5, co. 1, della Convenzione di Oviedo sulla biomedicina del 1997; all'art. 35 del Codice di deontologia medica, ecc.

¹⁶⁴ V. *infra* 1.2

¹⁶⁵ Con *leges artis* ci si riferisce all'insieme di regole tecniche riferibili ad una disciplina specifica, che, in ambito sanitario, il medico deve rispettare per garantire un corretto svolgimento delle procedure nei rapporti con i pazienti. Cfr. VIGANÒ F., in

paziente. Infatti, la Corte dichiara essere irrilevante la corretta applicazione delle direttive e delle regole sancite dalla disciplina, qualora non venga rispettato il consenso informato del paziente. In questo modo, viene stabilito il principio per cui una tale mancanza configurerebbe una fattispecie di delitto di lesioni personali imputabile al sanitario, a prescindere dall'esito dell'intervento.

Un discostamento da questa impostazione venne successivamente attuato dalla Corte in occasione del caso *Barese*¹⁶⁶. I fatti di causa riguardarono una donna deceduta a seguito della sottoposizione ad un intervento di asportazione di una massa tumorale. Nel corso dell'intervento, tuttavia, il chirurgo non si limitò ad asportare la massa tumorale ma, in assenza del consenso della paziente, decise di asportare l'intero utero. L'intervento imperito del chirurgo causò una trombosi a danno della donna, provocandole il decesso. Il chirurgo fu condannato in primo grado per omicidio colposo e la condanna venne ribadita altresì in secondo grado dalla Corte d'Assise d'Appello di Catanzaro. La Suprema Corte, a seguito della conferma in appello della condanna, dovette pronunciarsi in relazione alla possibilità di ravvisare nella fattispecie, non il delitto di omicidio colposo ex art. 589 c.p., bensì quello di omicidio preterintenzionale ex art. 584 c.p. In particolare, uno dei due motivi fondanti il ricorso riguardava il fatto che, né in primo, né in secondo grado, era stato preso in considerazione il principio sancito in relazione al caso *Massimo*. Infatti, anche in questa vicenda, il medico non aveva rispettato il consenso informato della paziente. La Corte, tuttavia, si pronunciò affermando l'impossibilità di riscontrare, nella fattispecie, sia il

MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., sub art. 50 c.p., 687, il quale le distingue dai presupposti di liceità del trattamento medico, descrivendo queste ultime come delle regole di condotta che devono essere rispettate dal medico per fare in modo che la sua condotta venga considerata lecita dall'ordinamento.

¹⁶⁶ Cass. pen., sez. IV, 09/03/2001, n. 28132, in *Giur. Pen.*, 2018.

dolo generico di lesioni volontarie, sia quello intenzionale ai fini di configurare una responsabilità per delitto di omicidio preterintenzionale in capo al chirurgo. Per giungere a tale conclusione, si basò sull'assenza dell'elemento soggettivo dell'intenzionalità richiesto dalla disciplina ex art. 584 c.p., in quanto egli avrebbe agito ritenendo erroneamente che tale *modus operandi* avrebbe apportato un miglioramento alle condizioni della paziente. La Corte, dunque, si discostò dal principio espresso precedentemente, non prendendo in considerazione la violazione del consenso informato della paziente al fine di definire la responsabilità del chirurgo.

Successivamente, la Suprema Corte intervenne con un'ulteriore pronuncia, relativa al caso *Volterrani*¹⁶⁷. I fatti di causa, che appaiono molto simili a quelli analizzati nei primi due casi, fanno riferimento ad un chirurgo il quale, in assenza del consenso prestato dal paziente, decise di asportargli una massa tumorale, operazione che venne seguita, in breve tempo, dal decesso del soggetto. Il ricorso in Cassazione venne esperito con la richiesta di seguire l'impostazione sancita dal caso *Massimo* e condannare il chirurgo al delitto di omicidio preterintenzionale. Tuttavia, in questo caso la Corte invocò la scriminante dello stato di necessità ex art. 54 c.p., in quanto il chirurgo sarebbe intervenuto in forza di una situazione d'urgenza. Dunque, venne ritenuta irrilevante la circostanza per cui il soggetto non avrebbe prestato il proprio consenso. Infatti, il dissenso esplicito del paziente venne considerato come unico elemento che, se sussistente, sarebbe in grado di determinare la responsabilità penale del medico per il delitto di cui all'art. 584 c.p. Dunque, secondo la Corte del caso *Volterrani*, solo in presenza di questo il medico avrebbe il dovere di non intervenire. Con la conseguenza per cui, se dovesse

¹⁶⁷ Cass. pen., sez. I, 29/05/2002 n. 26466, in *Giur. Pen.* 2020.

violare tale obbligo, si renderebbe responsabile del delitto di violenza privata ex art. 610 c.p.¹⁶⁸.

2.3.3.1 *Il recepimento del principio di “autolegittimazione dell’attività medica”*

Un’ulteriore soluzione venne offerta dalla Suprema Corte attraverso la sentenza *Giulini*¹⁶⁹. La pronuncia si riferisce al caso di una paziente sottoposta, senza il suo consenso, all’asportazione della tuba sinistra. In questo caso, l’esito dell’intervento si rivelò positivo per le condizioni della paziente e il medico sostenne di aver agito in forza di una condizione d’urgenza, nel rispetto delle direttive disciplinari. Il caso fu rimesso alle Sezioni Unite dalla V sezione, la quale ravvisò un contrasto giurisprudenziale in merito alla considerazione del valore del consenso informato. Infatti, esso veniva ritenuto, da una parte della giurisprudenza, un presupposto obbligatorio ai fini della validità del trattamento. Altra parte della giurisprudenza riconosceva la sola forza vincolante del dissenso informato del paziente, con la conseguenza per cui, in assenza di esso, il medico avrebbe potuto validamente intervenire. Inoltre, il contrasto si

¹⁶⁸ Si tratta di un’impostazione che ha subito diverse critiche sia in dottrina, sia in giurisprudenza, in quanto sembra richiamare i principi riferibili al cd. paternalismo medico, secondo i quali il paziente dovrebbe sempre affidarsi all’intervento medico arbitrario. In particolare, cfr. MARRA G., *Ritorno indietro di dieci anni sul tema del consenso del paziente nell’attività medico-chirurgica*, in *Cass. pen.*, 2003, 542.

¹⁶⁹ Cass. pen., SS. UU., 18/12/2008, n. 2347, in *Resp. Civ. e prev.*, 2009, 1042, con nota di TORDINI CAGLI S., *Profili penali del trattamento medico-chirurgico in assenza di consenso*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2009, 1060. Nel caso di specie, una donna che aveva prestato il proprio consenso ad una laparoscopia esplorativa, è stata invece sottoposta ad una salpingectomia sinistra. Dopo che la Corte d’appello di Bologna (5 febbraio 2007) si è pronunciata dichiarando l’intervenuta prescrizione, la parte civile ha fatto ricorso in Cassazione, accolto il 1° ottobre 2008. La V sezione penale ha rinvenuto un contrasto giurisprudenziale relativamente alla questione e ha, dunque, rinviato la causa alle Sezioni Unite.

espandeva anche in relazione al tipo di reato configurabile. Un primo orientamento sosteneva che qualsiasi intervento chirurgico effettuato in assenza di consenso dovesse considerarsi corrispondente alla fattispecie di cui all'art. 582 c.p. (lesioni personali). La seconda impostazione, invece, riteneva applicabile la disciplina ex art. 610 c.p. (violenza privata).

Le Sezioni Unite si pronunciano in riferimento al contrasto giurisprudenziale recependo, in sede penale, il principio civilistico di “autolegittimazione dell'attività medica”¹⁷⁰. Tale impostazione si riferisce al fatto che l'attività medico-chirurgica verrebbe sempre giustificata dallo stesso ordinamento qualora sussistesse il consenso informato del paziente e a condizione che il medico agisca secondo le *legis artis*. Tuttavia, il consenso informato così delineato si discosta dall'istituto del consenso dell'avente diritto ex art. 50 c.p., per riferirsi, piuttosto, alla salvaguardia del diritto alla salute degli individui ex art. 32 Cost. Infatti, secondo la Corte, la legittimazione dell'attività medico-chirurgica non deriverebbe dall'utilità che la stessa apporta all'ordinamento e dall'interesse dello Stato affinché essa venga attuata. Piuttosto, discenderebbe dalla necessità di salvaguardare il diritto alla salute degli individui costituzionalmente regolato dall'art. 32 Cost. Il recepimento di tale principio viene attuato dalla Corte in ragione alla necessità di discostarsi da ulteriori tentativi di esclusione dell'antigiuridicità della condotta del medico. Questo in quanto, qualora il medico dovesse agire nel rispetto delle *legis artis* e a tutela del diritto alla salute dell'individuo,

¹⁷⁰ VASSALLI G., *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico*, in *Arch. Pen.*, 1973, 81. Egli rappresenta il primo ideatore del principio di autolegittimazione dell'attività medica, il quale sostiene l'esistenza di principi normativi ricavabili per analogia dalle cause di giustificazione previste dalla legge. Infatti, sulla base di queste sarebbe possibile giustificare il trattamento medico-chirurgico nella misura in cui esso si considererebbe attuato allo scopo di tutelare la salute del paziente.

secondo tale impostazione, non si prospetterebbe il fatto tipico di lesioni personali o di omicidio¹⁷¹. Dunque, l'istituto del consenso dell'avente diritto non avrebbe un collegamento diretto con l'attività del medico, attività che vede come fondamento della propria legittimazione il dettato costituzionale¹⁷².

Inoltre, la citata pronuncia, per la prima volta, non si limita ad esaltare la forza invalidante del dissenso informato prestato esplicitamente dal paziente. Infatti, la Corte pone il *focus* della decisione sul risultato verificatosi a seguito dell'intervento. In particolare, la Corte elabora una serie di ipotesi, parlando di atto medico "perfetto" nel caso in cui vi sia la presenza di un consenso da parte del paziente e il medico abbia altresì agito secondo diligenza. Qualora vi sia il consenso ma il medico abbia agito con negligenza, imperizia ovvero con imprudenza comportamentale, egli potrà considerarsi responsabile per colpa ex art. 590 c.p. Se invece non dovesse risultare sussistente il consenso del paziente, non si configurerebbe reato in presenza di un esito fausto. Al contrario, di fronte alla negatività dell'esito, la condotta del medico potrebbe essere associata alla fattispecie di uno dei delitti contro la persona contenuti nel Titolo XII del Codice penale. Infine, nel caso in cui si dovesse riscontrare il dissenso informato del paziente, l'esito positivo dell'intervento non comporterebbe la responsabilità penale del medico. Tuttavia, sempre in presenza di un dissenso, qualora si

¹⁷¹ MANNA A., *Profili penalistici*, cit., 112 ss.

¹⁷² In particolare, con riferimento a tale principio, la Cass. pen., sez. VI, 14/02/ 2006, n. 11640, in *Fond. Enpam*, 2009, ha sottolineato che: "*L'attività medica richiede per la sua validità e concreta liceità la manifestazione del consenso del paziente, che non si identifica con quello di cui all'art. 50 c.p., ma costituisce un presupposto di liceità del trattamento*", con la conseguenza per cui, la mancanza o l'invalidità del consenso "*determinano la arbitrarietà del trattamento medico-chirurgico e, quindi, la sua rilevanza penale, in quanto compiuto in violazione della sfera personale del soggetto e del suo diritto di decidere se permettere interventi estranei sul proprio corpo.*"

verificasse anche un esito infausto, il medico verrebbe considerato penalmente responsabile. Inoltre, se dall'intervento dovessero conseguire delle lesioni personali ovvero la morte del paziente, troverebbe applicazione l'art. 586 c.p. (morte o lesioni come conseguenza di un altro delitto). Questo in quanto, tali eventi verificatisi a seguito della commissione di un delitto colposo, possono essere imputati a titolo di colpa solo al soggetto provvisto di particolari competenze che gli permettono di prevedere in concreto le conseguenze del suo intervento¹⁷³.

Il principio di "autolegittimazione dell'attività medica" valorizza la dignità della professione sanitaria alla luce delle problematiche sorte in relazione al mutamento, considerato in precedenza, del rapporto medico-paziente. Infatti, si è visto avanzare il fenomeno della medicina difensiva, in forza del quale i sanitari sembrano essere sempre più allarmati dalla possibilità di ricadere in responsabilità per condotta illecita. Ciò porta loro a curarsi sempre meno delle esigenze del paziente, per dare prevalenza al rispetto del loro diritto a disporre di sé. Il principio in esame, dunque, potrebbe divenire un rimedio adeguato a considerare l'operato medico a priori, sulla base della presenza del consenso prestato dal paziente. Quest'ultimo, dunque, sarebbe condizione sufficiente e necessaria ai fini del venir meno della responsabilità del medico che abbia operato seguendo le *leges artis*¹⁷⁴.

La presa di posizione delle Sezioni Unite, tuttavia, riporta una serie di problematiche circa la sua applicabilità ai casi concreti. Innanzitutto, può essere preso in considerazione un fatto che richiamò l'attenzione della

¹⁷³ MANNA A., *Profili penalistici*, cit., 123 ss.

¹⁷⁴ BARNI M., *La autolegittimazione dell'attività medica e la volontà del paziente*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2009, 217.

Corte¹⁷⁵, verificatosi tre anni dopo l'intervento. Il fatto riguardò un medico imputato per aver effettuato interventi al cuore su diversi pazienti, in assenza del loro consenso e senza che essi venissero adeguatamente informati della loro reale condizione. Nella fattispecie, il medico avrebbe agito in assenza di una necessità di intervenire attraverso tali procedure, allo scopo di ottenere un maggiore guadagno derivante da un maggior numero di interventi. Al medico fu ascritto, *in primis* per quanto riguarda i danni causati ad alcuni pazienti, il delitto di lesioni personali volontarie gravi. In secondo luogo, il delitto di lesioni personali volontarie gravissime cagionate ad un altro paziente. Inoltre, essendo intervenuta la morte di uno dei pazienti operati, egli venne altresì condannato per l'omicidio preterintenzionale dello stesso. Il ricorso alla Suprema Corte venne effettuato dalla difesa dell'imputato e del Procuratore generale e si concluse con la cassazione della sentenza con rinvio alla Corte territoriale per manifesta illogicità e contraddittorietà della stessa.

La Corte ribadì i principi sanciti in precedenza dalle Sezioni Unite, al fine di fornire al giudice delle direttive sulla base delle quali orientarsi nel definire il caso. Primo fra tutti, venne richiamato il concetto di malattia così come analizzato dalla Corte, il quale venne considerato rilevante al fine della configurabilità del reato di lesioni personali dolose ex art. 582 c.p. La Corte in particolare accolse la nozione funzionalistica dello stesso¹⁷⁶, sancita dalla sentenza *Giulini*, sottolineando l'impossibilità che si possa configurare il delitto previsto dall'art. 582 c.p. Infatti, avendo il chirurgo operato con il solo

¹⁷⁵ Cass. pen., sez. V, 06/09/2011, n. 33136, in *Dir. Pen. Cont.*, 2012, con nota di VALSECCHI A., *Una nuova pronuncia della S.C. in tema di responsabilità del medico per trattamento chirurgico senza il valido consenso del paziente.*

¹⁷⁶ La Corte, in particolare, nella sentenza in esame definisce la malattia: "Un processo patologico evolutivo, necessariamente accompagnato da una più o meno rilevante compromissione dell'assetto funzionale dell'organismo."

fine di procurarsi un maggior guadagno, l'elemento psicologico del dolo, inteso quale la volontà di provocare un danno alla salute del paziente, non parrebbe espandersi alle conseguenze verificatisi a seguito della condotta illecita.

Il secondo principio analizzato dalla pronuncia è quello relativo alla configurabilità di una responsabilità per il medico soltanto qualora egli abbia agito contro la volontà del paziente, espressa attraverso dissenso informato. In questo caso, infatti, i pazienti rimasti vittima dell'operato del chirurgo non avevano manifestato espressamente la loro contrarietà all'attuarsi della procedura.

La decisione della Corte lasciò spazio a numerosi dubbi in relazione al tipo di responsabilità ascrivibile al chirurgo, in particolare sulla possibilità del giudice di merito di configurare il delitto di lesioni personali dolose e il delitto di omicidio preterintenzionale. Infatti, è necessario distinguere il caso in esame da quello definito attraverso la sentenza *Giulini*, soprattutto sulla base dei presupposti dell'attuazione della condotta da parte dell'autore. In questo caso il medico non agì in forza di una situazione d'urgenza, bensì per il solo motivo di arrecarsi un maggior compendio economico. Mentre, l'intervento delle Sezioni Unite nel 2008 avvenne in forza di una condotta attuata per ragioni di urgenza.

Questo caso costituisce una chiara dimostrazione di quanto la presa di posizione delle Sezioni Unite nel 2008 non si rivelò sufficiente a coprire tutte le ipotesi in cui il medico avesse agito arbitrariamente nei confronti del paziente. L'unico aspetto che poté dirsi chiaramente definito fu quello relativo alla concezione funzionalistica della malattia, al fine della configurabilità del delitto di lesioni personali ex art. 582 c.p. Sulla base del quale essa non deve poter essere riferibile a qualsiasi alterazione anatomica

dovuta all'intervento. Infatti, appare pacifico che le alterazioni idonee a configurare l'evento di una malattia penalmente rilevante devono essere in grado di cagionare una limitazione funzionale, un processo patologico ovvero una compressione di funzioni dell'organismo¹⁷⁷.

In merito agli ultimi sviluppi giurisprudenziali relativi al tema del consenso informato e, in particolare, della rilevanza penale attribuibile all'atto medico compiuto in violazione di tale principio, è possibile invocare una recente impostazione elaborata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo¹⁷⁸. La Corte si pronunciò in relazione a una vicenda riguardante una signora che, a causa di alcune complicazioni sorte a seguito di un intervento di interruzione volontaria della gravidanza, subì un intervento di isterectomia totale. Tuttavia, la paziente non prestò il proprio consenso ai fini dell'intervento e non venne nemmeno effettuata un'adeguata analisi delle sue condizioni prima di procedere. Ciò comportò un danno di particolare entità alla paziente, la quale, a causa dell'intervento, perse la possibilità di procreare. Inizialmente, il medico venne imputato in un processo penale per negligenza, la quale, tuttavia, venne esclusa a seguito di alcune perizie, con la conseguente archiviazione del caso. La vittima, dunque, si rivolse alla Corte Europea dei diritti dell'uomo che richiamò l'obbligo degli Stati membri, sancito dall'art. 8 della CEDU, di impegnarsi affinché le aziende ospedaliere rispettino il principio del consenso informato dei pazienti. Nell'affermare ciò, la Corte dichiarò la sussistenza di una violazione del consenso informato della paziente nel caso concreto. Dunque, contestò la decisione del pubblico

¹⁷⁷ Così come ribadito dall'intervento della Cass. pen., sez. IV, 19/04/2016, n. 22156 in *Riv. It. Med. Leg.*, 2016.

¹⁷⁸ C. Eur. Dir. Uomo, sez. III, *Csoma c. Romania*, 15/01/2013, ric. n. 8759/05, in *Dir. Pen. Cont.*, 2013.

ministero di archiviare il caso senza considerare tale aspetto, in quanto una simile inclinazione parrebbe in contrasto con lo stesso art. 8 CEDU.

2.3.3.2 La giurisprudenza di legittimità sul consenso informato quale “vero e proprio diritto della persona”

Come si ha avuto modo di analizzare, la concezione di consenso informato ha subito una serie di mutamenti significativi nel corso degli anni. In realtà, si tratta di un argomento che, ancora oggi, non può considerarsi esente da criticità e dubbi, soprattutto per quanto riguarda il ruolo che esso riveste nell’esercizio del diritto all’autodeterminazione degli individui.

Appare, tuttavia, pacifica la considerazione del consenso informato quale diritto del paziente, tutelato *in primis* – a livello normativo – dalla legge n. 219/2017. In secondo luogo, la tutela deve essere garantita dagli operatori sanitari chiamati a rispettare gli obblighi informativi previsti dal Codice Deontologico medico e le volontà espresse dai pazienti, a seconda del caso concreto.

Tale considerazione è stata sancita dalla Suprema Corte¹⁷⁹ attraverso una pronuncia intervenuta in data anteriore rispetto alla legge n. 219/2017. L’occasione che portò la Corte a pronunciarsi sul consenso informato nel 2015 fu il ricorso sollevato da un medico ritenuto responsabile per aver compromesso i tessuti gengivali e ossei dell’arcata superiore della paziente.

Il tema relativo al consenso informato, in questo caso, rivestì un ruolo cruciale. Innanzitutto, il medico attraverso la sua condotta lese i suoi doveri

¹⁷⁹ Cass. pen., sez. IV, 23/03/2015, n. 21537, in *Cass. Pen.* 2016; Inoltre, cfr nota di NIZZA V., in *Ilpenalista.it*, 2016.

informativi ex art. 33 del Codice Deontologico¹⁸⁰ e dunque, il consenso informato prestato dalla paziente fu ritenuto inadeguato in relazione al trattamento subito. Ciò in quanto, quest'ultimo venne effettuato sull'arcata superiore e non su quella inferiore, al contrario delle volontà provenienti dalla paziente. Si ritenne inoltre, che la condotta dell'imputato fosse connotata da negligenza ed imprudenza nella misura in cui egli avesse ommesso di fornire alla paziente le informazioni necessarie relative alla fase successiva al trattamento. Ciò avrebbe indotto la stessa a ritenere erroneamente di poter interrompere il trattamento per più di tre mesi. In realtà, come poi è accaduto, un'interruzione di tale durata le avrebbe causato danni di particolare gravità.

La difesa dell'imputato, nel sollevare il ricorso in Cassazione, sostenne l'insussistenza della componente del nesso causale. In particolare, i cinque motivi del ricorso si concentrarono sul fatto che il danno subito dalla paziente si sarebbe verificato a prescindere dalla condotta attuata dal medico. La paziente, secondo la difesa, avrebbe adottato una condotta inadeguata nella fase successiva all'operazione, provocando così una complicazione delle proprie condizioni. Inoltre, si aggiunse che, anche nel caso in cui la paziente non fosse stata adeguatamente informata, il mancato rispetto del consenso informato da parte del medico non avrebbe potuto, singolarmente, costituire motivo di responsabilità per lesioni colpose in capo allo stesso.

La Corte, in relazione ai motivi sollevati dall'imputato, espresse un principio molto importante per quanto concerne l'istituto del consenso informato. Infatti, essa si pronunciò affermando che non costituiva una condizione sufficiente, l'assenza del consenso informato, per poter prevedere una

¹⁸⁰ V. *infra* 2.2.

responsabilità penale a titolo di colpa del medico¹⁸¹. Infatti, secondo la Corte, ai fini di tale configurabilità, qualora la condotta dovesse risultare dannosa per il paziente, essa dovrebbe sempre considerarsi penalmente rilevante a prescindere dall'assenza del consenso del paziente. Dunque, l'obbligo di ottenere il consenso informato dal paziente non deve essere concepito come mera regola cautelare e il consenso stesso non può ridursi a un mero strumento finalizzato alla prevenzione di eventi dannosi prevedibili. Deve, invece, essere considerato un elemento fondamentale per garantire la salvaguardia del diritto costituzionalmente garantito (art. 32, co. 2) alla salute e all'autodeterminazione degli individui.

Secondo tale impostazione, la mancata acquisizione del consenso può integrare la colpa professionale del medico solo in un caso specifico: qualora questa omissione impedisca al medico di venire a conoscenza delle reali condizioni del paziente. A titolo esemplificativo, sul medico graverebbe una responsabilità per colpa professionale qualora egli non effettuasse i dovuti accertamenti in relazione alla possibile esistenza di allergie in capo al paziente. Dunque, in questo modo, egli ignorerebbe una circostanza che, in presenza di un'adeguata informativa e della corretta acquisizione del consenso informato del paziente, sarebbe certamente emersa.

¹⁸¹ Si tratta di un'impostazione già offerta in passato dalle Sezioni Unite. Esse sancirono il principio secondo il quale sarebbe irrilevante, al fine di determinare la responsabilità penale del sanitario, l'inesistenza o l'invalidità del consenso informato nel caso concreto. Inoltre, la sentenza da cui la Corte trasse ispirazione nel 2015 stabilì, in particolare, che qualora il medico dovesse procedere con un intervento diverso rispetto a quello per cui il paziente avesse fornito il proprio consenso informato ma nel rispetto delle *legis artis* e conclusosi con esito positivo, egli sarebbe esente da responsabilità penale. Infatti, non si potrebbe configurare né il delitto di cui all'art. 582 c.p., né quello previsto dall'art. 610 c.p. Cass. pen., SS. UU., 18/12/2008, n. 2437, con nota di FIANDACA G., *Luci ed ombre*, cit., 311.

In quest'ultima ipotesi, la violazione del consenso informato del paziente, tuttavia, non rilevarebbe in maniera diretta. Al fine della configurabilità di una rilevanza penale della condotta del medico, infatti, viene considerata la superficialità dell'approccio tenuto dal medico nell'acquisizione delle informazioni necessarie. Per quanto concerne il caso concreto, in particolare, la Corte si concentrò sul nesso causale intercorrente tra la condotta del medico caratterizzata dalla mancata acquisizione del consenso informato della paziente da un lato e la conseguente impossibilità di essa di sottoporsi consapevolmente all'intervento, dall'altro. Inoltre, oltre ad aver causato una tale inconsapevolezza in capo alla paziente, nella vicenda in analisi, l'assenza di consenso informato indusse il medico nell'errore di ritenere di poter scegliere autonomamente un trattamento alternativo rispetto a quello concordato con la paziente. Adottando un tale atteggiamento, egli si pose nella condizione di non poter analizzare e conoscere in maniera adeguata le reali condizioni fisiche della paziente. Con la conseguenza per cui, tali condizioni compromisero l'esito dell'intervento, provocando un deterioramento ai tessuti gengivali e ossei dell'arcata superiore della paziente. In conclusione, la Suprema Corte confermò la sentenza di condanna del soggetto per lesioni colpose.

Nella qui presente sentenza, viene ribadito il principio per cui, il consenso informato rappresenterebbe *“un vero e proprio diritto della persona”*. In particolare, nell'esprimere tale impostazione, la Corte di legittimità si rifà ad una precedente pronuncia della Corte costituzionale¹⁸², la quale si era già

¹⁸² Corte cost., 23/12/2008, n. 438, in *Corte cost., 2008*. Attraverso la sentenza, la Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 l. 21/2007 della Regione Piemonte, relativa all'utilizzo di sostanze psicotrope su bambini e adolescenti. La norma oggetto di impugnazione avrebbe violato l'art. 117, co. 3, Cost. nella misura in cui disciplinava *“aspetti di primario rilievo [...] in assenza di analogo previsione da parte del legislatore statale.”*

occupata di inquadrare il consenso informato nel novero dei diritti fondamentali dell'individuo. Tale pronuncia stabilì che esso deve considerarsi un principio fondamentale discendente, in particolare, dagli artt. 2, 13 e 32 Cost., con la conseguenza per cui avrebbe la funzione di garantire la tutela di due diritti fondamentali degli individui: il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione. In quanto, come testualmente stabilito dalla Corte:

“Se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione.”

Da tale pronuncia diviene pacifico considerare il consenso informato quale vero e proprio diritto soggettivo dell'individuo, composto dal suo diritto alla salute e di quello alla propria autodeterminazione. Di conseguenza, alla luce di questa impostazione, in capo al medico si configurerebbe una responsabilità per il delitto di cui all'art. 582 c.p. (lesioni personali), qualora la vittima riportasse una lesione del proprio diritto alla salute. Invece, se la violazione comportasse una lesione del diritto alla propria autodeterminazione, la fattispecie applicabile sarebbe quella dell'art. 610 c.p. (violenza privata).

Gli artt. 2, 13 e 32 Cost. costituirebbero il fondamento costituzionale del consenso informato, il quale può essere oggi considerato uno strumento utile ad assolvere una duplice funzione all'interno dell'ordinamento.

In *primis*, rende facilmente concretizzabili le garanzie previste da suddetti precetti costituzionali. Questo nella misura in cui fornisce agli individui la possibilità di esercitare tali libertà in un momento particolarmente delicato, ossia quello della sottoposizione della propria integrità fisica all'intervento sanitario. In secondo luogo, il consenso così come analizzato diviene l'elemento cardine al fine di fornire una legittimazione all'attività medico-chirurgica. La quale, configurandosi come un'attività, di fatto, pericolosa¹⁸³, richiederebbe una manifestazione positiva di volontà da parte dell'individuo. Attraverso tale manifestazione, infatti, esso eserciterebbe la libertà di autodeterminarsi in relazione al proprio diritto alla salute, ricavabile dal combinato disposto degli artt. 2, 13 e 32 Cost.¹⁸⁴.

Infine, risulta pacifico, alla luce di tali considerazioni, che il consenso informato non può essere ridotto ad una mera scriminante dell'attività medico-chirurgica, bensì deve essere considerato come espressione di un principio generale e costituzionalmente tutelato. Risulta evidente che l'essenza legittimante di tale principio non sia facilmente ricavabile dallo stesso presupposto caratterizzante le cause di giustificazione previste dall'ordinamento. In particolare, il consenso attraverso il quale l'individuo accetta di sottoporsi ad un determinato trattamento medico-chirurgico non

¹⁸³ Cfr. FEOLA T., ANTIGNANI P., DURANTE C., SPALLETTA M., *Consenso Informato*, Torino, 2001, 2.

¹⁸⁴ Come analizzato, tuttavia, non può essere considerata una libertà assoluta. Per quanto sia stata ampliata l'autonomia degli individui in merito alle scelte relative alla propria salute, si tratta di una tematica particolarmente complessa e che innesta ancora numerosi dubbi. Per approfondimenti sul tema si rimanda a POSTERARO N., *Evoluzione del diritto alla salute e riconoscimento dell'autonomia del paziente tra tecnologia, spersonalizzazione e crisi valoriale*, in *Dike kai nòmos*, 2013, 115.

sembrerebbe potersi riferire al concetto di consenso così come previsto dall'istituto del consenso dell'avente diritto ex art. 50 c.p.¹⁸⁵ Tale essenza discenderebbe, infatti, dal suo carattere *irretrattabile*¹⁸⁶, nella misura in cui esso costituirebbe un “*naturale corollario del più ampio principio della libertà personale*”¹⁸⁷.

¹⁸⁵ V. *infra* 2.4.1

¹⁸⁶ Sul punto v. COCCO G., *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche urgenti*, in *Resp. Civ. prev.*, 2009, 485. Inoltre, in relazione al tema appaiono utili le considerazioni di CASONATO C., *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quad. cost.*, 2008, 545 ss. Da un punto di vista giurisprudenziale, v. Cass. civ., sez. III, 28/07/2011, n. 16543, in *Giust. Civ.*, 2013: “*Il diritto al consenso informato, in quanto diritto irretrattabile della persona va comunque e sempre rispettato dal sanitario, a meno che non ricorrano casi di urgenza, rinvenuti, a seguito di un intervento concordato e programmato e per il quale sia stato richiesto e sia stato ottenuto il consenso, che pongano in gravissimo pericolo la vita della persona, bene che riceve e si correda di una tutela primaria nella scala dei valori giuridici a fondamento dell'ordine giuridico e del vivere civile, o si tratti di trattamento sanitario obbligatorio.*”

¹⁸⁷ Definizione espressa da MANTOVANI F., *Problemi giuridici dell'eutanasia*, in *Medicina sociale*, 1970, 249.

CAPITOLO 3: CONSENSO COME SCRIMINANTE SPORTIVA

SOMMARIO: 3.1 I tentativi di individuazione del fondamento di liceità per i fatti commessi in ambienti sportivi. – 3.1.1 Il ruolo dell’art. 50 c.p. – 3.1.2 L’approccio giurisprudenziale. – 3.1.2.1 Una soluzione innovativa.

3.1 I tentativi di individuazione del fondamento di liceità per i fatti commessi in ambienti sportivi

Parimenti al ruolo acquisito dal consenso all’interno dell’ambito sanitario, esso può rappresentare un elemento di vitale importanza se applicato alle fattispecie in cui viene esercitata attività sportiva. Si tratta, infatti, di attività nelle quali gli individui si ritrovano costantemente ad interfacciarsi con il rischio di subire o cagionare lesioni personali. Data tale situazione di rischio, è necessario che i soggetti partecipanti al gioco abbiano prestato il proprio consenso, ciò ai fini di evitare che si configuri una responsabilità penale degli stessi, ogni qualvolta uno di essi venga colpito.

In realtà, gli sport non sono tutti uguali, la dottrina infatti, effettua un’importante distinzione a seconda della percentuale di violenza riportata all’interno di essi¹⁸⁸. In *primis*, si rileva la categoria degli sport a violenza necessaria comprendente le attività nelle quali gli scontri fisici tra i partecipanti stanno alla base del gioco. Si fa riferimento, a titolo esemplificativo, a sport come il pugilato o la lotta libera. Una seconda tipologia di attività è rappresentata dagli sport a violenza eventuale; la dottrina adotta questo termine per categorizzare discipline come il calcio, il *rugby* e l’*hockey*. In questo caso, a differenza degli sport appartenenti alla prima categoria, la componente della violenza non rappresenta il fondamento e l’obiettivo del gioco, ma la probabilità che essa si verifichi è

¹⁸⁸ COCCO G., AMBROSETTI E. M., *Manuale di diritto penale*, cit., 174.

particolarmente alta. Infine, esistono delle attività nelle quali l'uso della violenza non è in alcun modo consentito. In quest'ultima categoria è possibile ritrovare, ad esempio, discipline come il *golf*, il ciclismo o il nuoto.

Tale distinzione è data dalla dottrina per fare in modo che, qualora uno dei partecipanti a tali attività dovesse riportare un danno alla propria integrità fisica, cagionato da un avversario nel corso dell'attività sportiva, questi possano far acquisire un diverso grado di responsabilità in capo a chi li ha provocati a seconda della categoria nella quale l'attività rientra. Questo significa che, sulla base del grado di tollerabilità della violenza, nelle singole discipline sono previste regole di gioco differenti. Ciò con la conseguenza che, se un partecipante dovesse violare tali regole andando al di sopra della soglia di tollerabilità prevista dalle prime due categorie, provocando una lesione ad un altro partecipante, egli dovrà rispondere del reato di lesioni personali. Parimenti accadrebbe, per quanto riguarda l'ultima categoria analizzata, qualora un soggetto dovesse causare una qualsivoglia lesione ad un altro, non essendo tollerato in generale l'uso della violenza.

Il problema sorge nella fattispecie in cui l'evento dannoso si sia verificato nel pieno rispetto delle regole e adottando una condotta connotata da un grado di violenza consentito dal tipo di attività. Ciò che appare problematico di questa fattispecie è l'individuazione del fondamento di liceità della condotta adoperata, seppure attraverso l'uso di un certo grado di violenza.

Da ciò ne deriva una configurazione poco chiara del ruolo che il consenso assume in relazione all'attività sportiva. Infatti, oltre alla più ampia parte della dottrina¹⁸⁹, la quale sostiene la possibilità di invocare l'istituto del

¹⁸⁹ PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano 2003, 433; R. RIZ, *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, 1978, 250 ss.

consenso dell'avente diritto ex art. 50 c.p. al fine di scriminare la condotta dello sportivo, esistono ulteriori orientamenti.

Fra le teorie affermatesi relativamente a questo tema, riscontriamo quella che fa rientrare l'attività sportiva connotata da violenza nel novero delle attività autorizzate dall'ordinamento ai sensi dell'art. 51 c.p., il quale prevede una scriminante data dall'esercizio di un diritto o dall'adempimento di un dovere¹⁹⁰. Secondo questa impostazione, il fondamento della liceità caratterizzante l'attività sportiva, seppure svolta con un certo grado di violenza, ha origini molto più risalenti rispetto all'istituto del consenso dell'avente diritto. Infatti, già Giustiniano nel *Corpus Iuris* disponeva che, anche qualora un pugile avesse dovuto infliggere percosse o, addirittura, uccidere l'avversario¹⁹¹, egli non sarebbe stato sottoposto all'*actio iniuriarum* prevista dalla *lex Aquilia*¹⁹². Anche se il consenso acquista il

¹⁹⁰ MANTOVANI F., voce *Esercizio di un diritto (dir. penale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1966, 647; FORTUNA F. S., *Illecito penale e illecito sportivo*, in *Cass. pen.*, 1981, 926; DE FRANCESCO G., *La violenza sportiva e i suoi limiti scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 588; SALAZAR L., *Consenso dell'avente diritto e disponibilità dell'integrità fisica*, in *Cass. pen.*, 1983, 60.

¹⁹¹ Si fa riferimento all'ipotesi di *damnum* verificatosi in presenza del consenso della persona offesa. Sulla base del principio "*volenti non fit iniuria*", i danni provocati nel corso di una competizione sportiva pubblica non sarebbero soggetti all'*actio legis Aquiliae* in quanto non sarebbe ravvisabile l'elemento del dolo nella condotta dei partecipanti avendo essi agito "*gloriae causa et virtutis*". WACKE A., *Incidenti nello sport e nel gioco in diritto romano e moderno*, in *Index*, 1991, 368 ss.; Tale principio venne poi reso oggetto di analisi da parte del giurista Ulpiano (Ulp. 18 *ad ed. D. 9.2.7.4*): "*Si quis in colluctatione vel in pancratio, vel pugiles dum inter se exercentur alius alium occiderit, si quidem in publico certamine alius alium occiderit, cessat Aquilia, quia gloriae causa et virtutis, non iniuriae gratia videtur damnum datum. Hoc autem in servo non procedit, quoniam ingenui solent certare: in filio familias vulnerato procedit. Plane si cedentem vulneraverit, erit Aquiliae locus, aut si non in certamine servum occidit, nisi si domino committente hoc factum sit: tunc enim Aquilia cessa*"

¹⁹² L'*actio iniuriarum* costituiva un'azione generale creata dal pretore tramite la *Lex Aquilia de dàmno*, emanata agli inizi del III sec. a.C., al fine di perseguire gli atti di lesione o le offese alla dignità degli individui. Tale azione, in particolare, era volta a reprimere il cd. delitto di *iniuria*. Esso comprendeva ogni tipo di offesa, a danni della persona libera, sia per mezzo di parole in grado di danneggiare la sua reputazione o il suo onore, sia di

ruolo di scriminante ai fini della liceità della condotta, esso non viene considerato come una causa di giustificazione autonoma ma come una *conditio sine qua non* ai fini dell'applicabilità dell'art. 51 c.p.¹⁹³ Oltre alla presenza del consenso, infatti, è necessario che le regole del gioco siano state rispettate per ammettere la liceità della condotta in presenza della scriminante dell'esercizio del diritto.

Tuttavia, tale orientamento è stato sconfessato da un intervento della Suprema Corte, in quanto esso:

“non consentirebbe di escludere dall'area della penale responsabilità tutte quelle condotte, che pur commesse in violazione del regolamento che disciplina la singola disciplina sportiva, non risultino esuberare l'area del rischio accettato¹⁹⁴”

Inoltre, un ulteriore aspetto problematico analizzato dalla stessa Corte in merito a questo orientamento, fa riferimento al fatto che esso prevede che il diritto, del cui esercizio si tratta, deve avere un fondamento normativo. Una tale impostazione, infatti, comporterebbe l'esclusione di tutti gli eventi sportivi non regolati dal Comitato Olimpico Nazionale Italiano (CONI), in quanto, come espresso dalla Corte, tali eventi sportivi non discenderebbero da una fonte normativa a differenza di quelli regolati dal CONI.

un comportamento posto in essere con l'obiettivo di cagionargli una lesione fisica. Sul punto v. DEL CASTILLO SANTANA M. S., *Estudio sobre la casuística de las lesiones en la jurisprudencia romana*, Madrid, 1994, 13-24.

¹⁹³ ALBEGGIANI F., voce *Sport* (dir. pen.), *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1990, 538 ss. L'autore individua nel rischio consentito la causa di giustificazione dell'esercizio del diritto.

¹⁹⁴ Cass. pen., sez. IV, 08/03/2016, n. 9559, in *QG*, 2016, con nota di CRIMI F., *Lesioni personali e attività sportiva. La scriminante atipica dell'accettazione del rischio consentito durante una partita di calcio*. Cfr. inoltre, nota di ROMANO B., *I limiti alla responsabilità penale dei partecipanti all'attività sportiva*, in *Archiviopenale.it*, 2024, 6.

Dalla teoria analizzata si discosta un'altra parte della dottrina, la quale sostiene che il fondamento di liceità dell'attività sportiva è costituito da una causa di giustificazione non codificata. Questo orientamento, parimenti al tentativo – precedentemente analizzato¹⁹⁵ - esperito con il fine di rilevare una scriminante atipica dell'attività medico-chirurgica¹⁹⁶, afferma la possibilità di effettuare un'interpretazione analogica *in bonam partem* delle cause di giustificazione tipizzate¹⁹⁷. Secondo questa teoria, l'attività sportiva, se svolta secondo le regole del gioco, costituirebbe una vera e propria causa di giustificazione, essendo essa giustificata dall'ordinamento¹⁹⁸.

Dunque, lo Stato, nutrendo un particolare interesse verso questo tipo di attività, si pone l'obiettivo di valorizzarla e incentivarne l'esercizio. Da suddette considerazioni, l'orientamento in esame lascia discendere la possibilità di sacrificare il confliggente interesse a sanzionare la condotta dello sportivo, anche qualora egli dovesse apparire responsabile di un fatto penalmente rilevante. Ciò avendo riguardo al meccanismo del bilanciamento di interessi che l'ordinamento pone a fondamento delle cause di giustificazione ex artt. 50-54 c.p.¹⁹⁹ Infatti, in forza di tale bilanciamento, esse sarebbero configurabili nella misura in cui l'interesse a scriminare la condotta dell'autore prevalga rispetto al bisogno di sanzionarla. Dunque, la tesi sostiene che la natura scriminante dell'attività sportiva deriva da un

¹⁹⁵ V. *infra* 3.2

¹⁹⁶ In particolare, si rinvia a ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 97 ss.

¹⁹⁷ COVASSI G., *L'attività sportiva come causa di esclusione del reato*, Padova, 1984, pagg. 132 ss. Covassi non parla solo di interpretazione analogica, ma anche di interpretazione storica. In particolare, afferma che l'attività sportiva, in quanto esimente, eliminerebbe l'antigiuridicità di un fatto tipico che lede l'integrità fisica, pur non rientrando tra le scriminanti previste nel Codice. I principi su cui si basa l'autore non derivano soltanto dal diritto comune ma anche dal diritto romano, di qui la necessità di accostare l'interpretazione storica a quella analogica, sistematica e teologica.

¹⁹⁸ Legge 16/02/1942 n. 426 istitutiva del CONI (oggi trasfuso nel d. lgs. 242/99 e nel d. lgs. 15/2004).

¹⁹⁹ V. *infra* 1.2.

bilanciamento effettuato *a priori* dallo Stato, in particolare, tra l'interesse a valorizzare il libero esercizio di tale attività e la necessità di configurare la responsabilità dell'atleta ogni qualvolta vi partecipi adottando un atteggiamento violento²⁰⁰.

Tale orientamento è stato altresì accolto dalla Corte di legittimità in una sentenza risalente all'anno 2000²⁰¹, la quale ha definito la pratica sportiva una causa di giustificazione non codificata. Tuttavia, la pronuncia sottolinea la necessità, ai fini della configurabilità di essa, che l'evento dannoso discenda da un'azione intrapresa dall'atleta, nel pieno rispetto delle regole del gioco. Inoltre, la Corte aggiunge la possibilità che la causa di giustificazione si configuri anche qualora sussista una violazione delle regole del gioco, nella misura in cui i precetti violati siano solo quelli derivanti dall'ordinamento sportivo. Viene infine precisato che, in quest'ultima ipotesi, non potrebbe applicarsi la causa di giustificazione qualora l'atleta adotti la condotta con il fine di *“intimorire l'avversario o a punirlo per un precedente comportamento.”*

Infine, sempre nel tentativo di individuare un fondamento di liceità della condotta in ambito sportivo, una dottrina minoritaria sostiene la tesi che considera l'attività sportiva quale presupposto escludente non l'antigiuridicità, ma la tipicità della condotta, nelle fattispecie in cui si verificano lesioni sportive²⁰². Secondo tale dottrina, la tipicità viene esclusa

²⁰⁰ Logica adottata, in particolare, da ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 314 ss. nel sostenere il carattere scriminante dell'attività sportiva quale causa di giustificazione ricavata analogicamente dall'ordinamento.

²⁰¹ Cass. pen., sez. V, 02/06/2000, n. 8910 in *Cass. Pen.*, 2001, IV, 3056 ss.

²⁰² FIORE C., *Tipicità del fatto colposo e problema del suo accertamento*, Padova 1996, 58.

nei casi in cui l'autore del fatto agisce nei limiti del cd. rischio consentito²⁰³, rispettando le regole della disciplina praticata. Dunque, il comportamento dello sportivo, seppure cagionante una lesione o la morte di un altro soggetto, verrebbe ritenuto lecito *ab origine*, non configurando una fattispecie di reato di lesioni personali o di omicidio colposo. Questo nella misura in cui – seguendo la linea di ragionamento della dottrina minoritaria – lo sportivo agente non avrebbe superato il confine di rischio consentito.

Si tratta di una logica che pone il proprio *focus* sull'elemento del nesso causale intercorrente tra condotta ed evento. Ai fini della configurabilità del fatto tipico, dunque, non è sufficiente il superamento della soglia del rischio consentito, ma viene richiesta la verifica dell'evento dannoso (ad esempio, la morte o le lesioni riportate dalla vittima). Viceversa, l'evento dannoso non avrebbe rilevanza penale qualora l'agente non avesse adottato un comportamento oltrepassante i limiti del rischio consentito.

Per quanto concerne la determinazione di tale parametro, la dottrina rinvia a un bilanciamento di interessi che deve essere effettuato *ex ante* rispetto al fatto verificatosi²⁰⁴. A titolo esemplificativo, a riguardo dell'attività sportiva il bilanciamento potrebbe essere effettuato tra l'interesse dello sportivo a

²⁰³ Il rischio consentito costituirebbe “*un’aggressione giuridicamente ammessa a un interesse meritevole di tutela.*” Così, CONSULICH F., *Rischio consentito*, in *Enc. Dir., Reato colposo*, Milano, 2021, 1102. Inoltre, secondo l'autore, si tratterebbe di un concetto ricavabile in via interpretativa dalle “*regole cautelari modali ad efficacia preventiva relativa*”, le quali fanno in modo che il comportamento adottato, pur essendo pericoloso, possa considerarsi finalizzato al raggiungimento dell'utilità sociale.

²⁰⁴ Il bilanciamento, in particolare, viene effettuato tra l'interesse collettivo all'attuazione dell'attività sportiva, nonché l'utilità pratica della stessa e la previsione delle conseguenze dannose che potrebbero derivare da essa. Per approfondimenti, cfr. FORTI G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 255.

praticare l'attività da un lato e l'interesse a preservare la propria integrità fisica, dall'altro²⁰⁵.

3.1.1 *Il ruolo dell'art. 50 c.p.*

Come si è detto, l'orientamento che individua, quale fondamento di liceità dell'attività sportiva violenta, la scriminante del consenso dell'avente diritto ex art. 50 c.p. è seguito da larga parte della dottrina²⁰⁶. In forza di questa linea di pensiero, nella fattispecie in cui un atleta dovesse procurare ad un altro soggetto delle lesioni personali, la condotta violenta verrebbe scriminata dalla presenza del consenso prestato da colui che le ha subite. Quest'ultimo presta il proprio consenso in un momento antecedente rispetto a quello d'inizio dell'attività sportiva. Di conseguenza, secondo tale teoria, si può sostenere che egli accetta il rischio che si possa verificare, nel corso del gioco, un evento dannoso per la propria integrità fisica.

All'interno della dottrina che riconosce tale orientamento, inoltre, non vi è solo chi sostiene che il consenso si ponga validamente come scriminante nei casi in cui il regolamento caratterizzante la disciplina venga correttamente rispettato. Infatti, la teoria viene condivisa anche da chi ritiene che il consenso possa scriminare la condotta dell'agente, qualora egli abbia agito

²⁰⁵ PONTEPRINO G., *“Violenza sportiva” e responsabilità penale. Dalla scriminante tacita del “rischio consentito” ad un più rigoroso riscontro della “colpa”*, in *Legis. Pen.*, 2023, 1-14.

²⁰⁶ In particolare, v. RIZ R., *Il consenso dell'avente diritto*, cit., 250 ss.; v. anche PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit., 433 ss.; PEDRAZZI C., voce *Consenso dell'avente diritto e la tutela penale degli interessi privati*. *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1961, 140-150.

nei limiti della violenza tollerata dalla disciplina praticata, seppure violandone il regolamento²⁰⁷.

Si tratta di un orientamento che ha suscitato non poche perplessità legate ad una serie di motivi coincidenti con le caratteristiche dell'istituto del consenso dell'avente diritto. Innanzitutto, si tengano in mente le considerazioni elaborate circa i limiti di validità del consenso come scriminante per il diritto penale²⁰⁸.

Si è visto che il carattere di disponibilità dei diritti costituisce un requisito necessario ai fini dell'applicabilità dell'art. 50 c.p. Questo significa che il soggetto interessato potrebbe validamente acconsentire all'esercizio di un'attività, la quale abbia conseguenze dannose potenzialmente incidenti solo sui beni oggetto dei propri diritti disponibili. Se tale limite della disponibilità dei diritti dovesse applicarsi con riguardo all'esercizio di attività sportive connotate da un certo grado di violenza, la presenza del consenso non sarebbe in grado di scriminare la maggior parte delle condotte attuate.

A titolo esemplificativo, si pensi ad un incontro di pugilato, nel corso del quale un partecipante subisca un grave colpo proveniente dall'avversario, che gli provochi la morte. In questo caso, se venisse perseguito l'orientamento in analisi, non sarebbe in alcun modo ammissibile sostenere che il soggetto abbia prestato il proprio consenso a morire, rientrando, il bene della vita, nel novero dei diritti indisponibili. Inoltre, rileva ai fini dell'applicabilità dell'art. 50 c.p., la previsione civilistica ex art. 5 c.c., la quale, come si è visto, sancisce dei limiti in relazione agli atti di disposizione

²⁰⁷ Ad esempio, RAMPIONI R., voce *Delitto sportivo*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1988, 4 ss.

²⁰⁸ V. *infra* 1.2.1.

del proprio corpo. Dunque, dal combinato disposto delle due norme, se ne ricava l'impossibilità di invocare il carattere scriminante del consenso dello sportivo, nei casi in cui esso venga prestato al fine di acconsentire ad atti cagionanti una diminuzione permanente dell'integrità fisica ovvero atti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume.

Inoltre, si ipotizzi che il pugile non perda la vita nel corso dell'incontro, ma che egli subisca una lesione che gli causi una paralisi permanente. In questo caso, la possibilità di invocare l'istituto del consenso dell'avente diritto ex art. 50 c.p. riscontrerebbe i limiti sanciti dall'art. 5 c.c. Ciò in quanto si ravviserebbe un'ipotesi di diminuzione permanente dell'integrità fisica, dunque, il consenso della vittima non potrebbe legittimamente giustificare la condotta dell'avversario²⁰⁹.

Dunque, per quanto questo orientamento venga sostenuto da una buona parte della dottrina, non può dirsi la soluzione preferibile. Piuttosto, è necessario, ai fini dell'individuazione di un fondamento di liceità dell'attività sportiva nel corso della quale vi è la probabilità che si concretizzi una fattispecie di violenza, discostarsi dal concetto di consenso così come analizzato precedentemente.

3.1.2 L'approccio giurisprudenziale

La giurisprudenza di legittimità si dimostra essere a favore della teoria secondo la quale, la condotta adottata dall'atleta troverebbe il suo fondamento giustificativo nella scriminante atipica dell'attività sportiva²¹⁰.

²⁰⁹ ROMANO B., *I limiti alla responsabilità penale dei partecipanti all'attività sportiva*, cit., 4-5.

²¹⁰ COCCO G., AMBROSETTI E. M., *Manuale di diritto penale*, cit., 74.

Ciò emergerebbe dalla maggior parte delle pronunce susseguitesi in relazione al tema, le quali sembrerebbero riconoscere l'interesse dell'ordinamento volto a preservare l'utilità sociale di tale attività²¹¹. Inoltre, ai fini della possibilità di affermare un carattere scriminante riferibile alla stessa, si pone l'obiettivo di definire i confini di espansibilità del cd. rischio consentito. Questo concetto, infatti, deve essere considerato uno spazio all'interno del quale l'atleta può agire legittimamente senza il rischio di incorrere in una responsabilità penale, nel rispetto dei limiti stabiliti.

In riferimento al tema, un importante principio venne sancito dalla Suprema Corte²¹². Essa si occupò di definire la possibilità di configurare la responsabilità, in capo ad uno dei partecipanti di una gara sportiva, derivante dall'attuazione di un delitto di lesioni colpose ex art. 590 c.p. Nel caso concreto il soggetto imputato, nel tentativo di porre in essere un'azione con il fine di interrompere il contropiede dell'altra squadra, colpì accidentalmente un avversario provocandogli una frattura.

La difesa dell'imputato esperì ricorso dinnanzi alla Corte di cassazione; in particolare, emerse il motivo secondo cui la decisione intervenuta nel primo grado di giudizio avrebbe, erroneamente, non ritenuto configurabile la scriminante del rischio consentito all'interno della fattispecie.

La Corte di legittimità accolse il ricorso dell'imputato e, come accennato pocanzi, espresse una propria presa di posizione in relazione al tema del rischio consentito, evidenziando il principio per cui esso possa essere invocato qualora siano state rispettate le regole tecniche del gioco. Inoltre, la

²¹¹ Cass. pen., sez. IV, 14/07/2016, n. 34977, con nota di BERNARDINI M., in *Cass. pen.*, 2017, 672. Nonché, MARZANO F., *L'attività sportiva tra illecito disciplinare e attività penalmente rilevante*, in *Cass. pen.*, 2007, 3988.

²¹² Cass. pen., sez. IV, 26/11/2015, n. 9559, in *CED Cass. Pen.*, 2016.

Corte aggiunse che, al fine di valutare in che misura tali regole siano state rispettate, appare necessario effettuare un esame analitico circa il caso concreto, in particolare con riguardo all'elemento psicologico riferibile al soggetto. In tale misura, l'accertamento dei confini del rischio consentito rappresenterebbe una *quaestio facti* da risolvere caso per caso. Infatti, appare necessario, al fine della configurabilità di una responsabilità penale dell'agente, distinguere due fattispecie di violenza sportiva in relazione alla componente soggettiva della colpevolezza. È possibile, dunque, tracciare una linea di confine tra il caso in cui la condotta si riveli essere una mera "*involontaria evoluzione dell'azione fisica legittimamente esplicata*" ovvero l'ipotesi in cui tale condotta rifletta "*la consapevole e dolosa intenzione di ledere l'avversario approfittando della circostanza del gioco.*" Con la conseguenza per cui, nella prima ipotesi la delimitazione dell'area del rischio consentito subirebbe un maggiore alleggerimento rispetto alla seconda, nella quale sembrerebbe configurarsi un'azione violenta volontariamente attuata dallo sportivo²¹³.

Un'ulteriore pronuncia della Suprema Corte²¹⁴ evidenzia la non riscontrabilità di un fondamento di legittimazione della condotta violenta dell'atleta, qualora essa sia stata attuata dallo stesso in contesto sportivo ma

²¹³ Sulla base di tale impostazione, l'accertamento circa la sussistenza di una scriminante riferibile al rischio consentito non deve essere effettuato con riguardo alla componente dell'antigiuridicità della condotta attuata dall'agente, bensì in relazione al suo grado di colpevolezza. Ciò nella misura in cui rilevarebbe non tanto la contrarietà della condotta in relazione alla normativa statale ma la condizione psicologica (dolosa o colposa) che risulta imputabile al reo nel momento in cui esso ha attuato la condotta in violazione della normativa di settore. Infatti, la maggior parte della dottrina ritiene non condivisibile la possibilità di ricondurre il concetto di rischio consentito all'antigiuridicità: v. DONINI M., *Imputazione oggettiva dell'evento (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, 2010, *passim*.

²¹⁴ Cass. pen., sez. V, 28/03/2017, n. 33275, in *Riv. Dir. Sport.*, 2017, *passim*, con nota di FUNGHI G., *L'area d'azione del rischio consentito nello svolgimento di un'attività sportiva*.

a gioco fermo. La giurisprudenza di legittimità²¹⁵, dunque, in relazione a queste ipotesi dichiara non sussistenti i presupposti di applicabilità della causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto ex art. 50, né quelli relativi ad una scriminante atipica.

Nel caso concreto, il soggetto avrebbe, con una ginocchiata inflitta al termine del gioco, colpito l'avversario al costato provocandogli una lesione. La Corte territoriale, quindi, condannò l'imputato per il reato di cui all'art. 582 c.p., al pagamento di una multa. Quest'ultimo si rivolse alla Suprema Corte, la quale, tuttavia, non accolse il ricorso per i motivi sopra elencati.

²¹⁵ In particolare, v. Cass. pen., sez. IV, 16/11/2011, n. 42119, con nota di MARRA G., *Le lesioni dolose possono ricorrere anche nel corso della gara sportiva*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2012, 205 ss. Anche in questo caso, il fatto riguardava una lesione cagionata dall'atleta nel corso di una competizione sportiva, tuttavia, verificatasi in un momento in cui il gioco risultava fermo. Già con riferimento a tale vicenda, fu chiarita la non configurabilità di alcuna scriminante qualora la condotta fosse stata posta in essere al di fuori dei tempi di gioco. Inoltre, la Corte, per giungere alla decisione, analizza diversi tentativi esperiti con il fine di delineare un'area di rischio consentito dell'attività sportiva. La pronuncia, in particolare, si discosta volontariamente dall'impostazione che prescrive l'accertamento nel merito del superamento della soglia di rischio in base al caso concreto, tenendo conto del livello di attività sportiva e del consenso a subire l'offesa prestatato implicitamente da ogni partecipante (cfr. Cass. pen., sez. IV, 25/02/2000, n. 2765, in *Riv. Dir. sport.*, 2000, 142 ss., nota di CHINÈ G., *Illecito sportivo e responsabilità penale: i nuovi confini di una scriminante non codificata*; inoltre, sotto il profilo del ruolo assunto dal consenso in relazione al grado di pericolosità dell'evento, si rinvia a ALBEGGIANI F., *Profili problematici*, cit., 116 ss.). Così facendo, la Corte fonda l'accertamento relativo alla configurabilità di un'area di rischio consentito sull'elemento psicologico riferibile al soggetto, facendo prevalere l'esistenza di norme cautelari settoriali e, in particolare, l'atteggiamento adottato dall'agente in relazione ad esse. Con la conseguenza per cui la responsabilità gravante su di esso sarebbe di tipo doloso qualora fosse ravvisabile una sua volontà diretta a cagionare un danno all'altrui incolumità, violando la disciplina di settore. Viceversa, si configurerebbe una responsabilità colposa dell'agente se egli avesse agito in funzione di un obiettivo riferibile alla gara sportiva, accettando il rischio di danneggiare l'avversario. Tale presa di posizione da parte della Corte parrebbe ricollegarsi alla pronuncia della Cass. pen., SS. UU., 18/12/2008, n. 2437, in *Foro It.*, 2009, 305 che ha posto in evidenza il carattere funzionalistico dell'intervento arbitrario esperito dal medico, il quale parrebbe escludere la tipicità del delitto di lesioni colpose qualora dovesse risultare, a seguito dell'operazione, un miglioramento delle condizioni di salute del paziente.

Tale sentenza appare di particolare importanza, soprattutto al fine di porre dei limiti alla possibilità di scriminare una condotta lesiva in ambito sportivo²¹⁶. Inoltre, da qui sembrerebbe emergere quanto sia sottile il confine tra una condotta considerata legittima in presenza di una scriminante e una condotta penalmente perseguibile. Questo nella misura in cui tale confine apparirebbe discendere direttamente dalle dinamiche del gioco e dal momento in cui la condotta viene attuata.

La Corte, inoltre, si riferisce al fatto che l'attività sportiva non potrebbe essere scriminata qualora la condotta lesiva venisse attuata nel corso di una esibizione sportiva non competitiva²¹⁷. Il caso concreto riguardò un soggetto condannato per aver cagionato lesioni ad un altro partecipante, a causa di una manovra effettuata con la propria imbarcazione, nel corso di un'esibizione sportiva. Il Giudice di Pace di Mantova ritenne sussistere la colpa dell'autore nella misura in cui egli avrebbe adottato una velocità eccessivamente elevata nel tentativo di sorpassare la vittima. La Suprema Corte si pronunciò confermando la condanna del soggetto in quanto egli avrebbe agito in maniera imprudente. Inoltre, la stessa affrontò ancora una volta il tema riguardante i confini del rischio consentito. In particolare, effettuò alcune considerazioni circa la l'impossibilità di considerare applicabile una scriminante anche con riferimento alle esibizioni sportive non competitive.

Ai fini della comprensione della decisione adottata dalla Suprema Corte, è bene ricordare che l'ordinamento riconosce all'attività sportiva in quanto tale, un meccanismo di regolamentazione autonoma di settore. In tal modo,

²¹⁶ Sulla base della teoria sostenuta da ANTOLISEI F., *Diritto penale*, cit., 247 ss. Secondo la quale il fondamento di legittimità dell'attività sportiva risiederebbe nella presenza di una causa di giustificazione operante all'interno della fattispecie.

²¹⁷ Cass. pen., sez. IV, 14/07/2016, n. 34977, in *Cass. Pen.*, 2017, 672, con nota di BERNARDINI M.

essa viene posta in essere sulla base dei principi contenuti nelle norme previste da tale ordinamento settoriale, il cd. ordinamento sportivo²¹⁸. Dunque, per quanto riguarda la responsabilità penale degli atleti, si assiste spesso ad un atteggiamento di disinteresse dell'ordinamento statale, ad eccezione delle fattispecie in cui venga cagionato un danno di particolare entità ad un bene giuridicamente protetto. Infatti, al fine di determinare la colpevolezza di un atleta per un fatto verificatosi nel corso di una competizione, apparirebbe indispensabile l'integrazione della regolamentazione di settore con quella statale. In questo senso, i limiti del rischio consentito costituirebbero la linea di confine dell'ambito di applicabilità della disciplina prevista dall'ordinamento sportivo, con la conseguenza per cui, al di fuori di questa linea, il fatto acquisirebbe rilevanza penale ai sensi della normativa statale.

Tuttavia, la Corte di legittimità²¹⁹ ha recentemente stabilito il principio secondo il quale la disciplina sancita dall'ordinamento settoriale si limiterebbe a regolare l'attività sportiva in senso stretto del termine; non verrebbero, dunque, presi in considerazione i fatti violenti verificatisi nel corso di una manifestazione sportiva non competitiva. La conseguenza di tale statuizione si sostanzia nell'impossibilità di configurare uno spazio di rischio consentito in relazione alla condotta adottata dai partecipanti all'esibizione. Dunque, non si ravviserebbe alcuna scriminante qualora uno di essi dovesse realizzare un atto lesivo dell'integrità fisica di un altro soggetto iscritto alla manifestazione.

²¹⁸ Per approfondimenti, v. MARZANO F., *L'attività sportiva*, cit., 3988.

²¹⁹ Cass. pen., sez. V, 15/02/2016, n. 15170, in *C.E.D.*, *Cass.*, n. 266398. Infatti, secondo tale impostazione, si tratterebbe di mere esibizioni sportive, le quali non sarebbero in grado di costituire un sufficiente livello del "beneficio sociale" richiesto dall'ordinamento statale ai fini della configurabilità di una normativa settoriale.

Da tali considerazioni ne discende l'elevato grado di rilevanza, acquisito dalla previsione di un ordinamento di settore, all'interno del dibattito circa la configurabilità di un fondamento di legittimità dell'attività sportiva. A tal proposito, è necessario fare riferimento anche all'impostazione fornita dalla Corte di legittimità pocanzi analizzata (Cass. pen. sez. IV, 26/11/2015, n. 9559), secondo la quale la scriminante del rischio consentito opererebbe soltanto qualora il soggetto avesse correttamente rispettato la normativa di settore.

Dall'analisi di queste due pronunce, appare pacifico affermare che il contesto applicativo di tale scriminante è limitato alle ipotesi in cui sussistono delle *legis artis* connesse all'attività, sancite dall'ordinamento sportivo stesso. In conclusione, qualora, in ragione della natura del contesto all'interno del quale dovesse verificarsi il fatto lesivo, l'attività non fosse coperta dalla regolamentazione settoriale e dunque, non operassero le *legis artis*, non sarebbe configurabile alcuna scriminante in grado di giustificare la condotta dell'agente. Tale principio costituisce un ulteriore limite di operatività della scriminante connessa all'area di rischio consentito, nella misura in cui quest'ultima non si configurerebbe in tutte le fattispecie di esercizio dell'attività sportiva.

3.1.2.1 Una soluzione innovativa

La Suprema Corte è recentemente intervenuta in relazione al tema concernente la possibilità di riscontrare un fondamento di liceità dell'attività

sportiva, elaborando un importante principio con l'obiettivo di porre fine al dibattito giurisprudenziale e dottrinale²²⁰.

Nel caso di specie, un pilota venne accusato di lesioni colpose cagionate ad un altro partecipante nel corso della gara²²¹, nel tentativo di effettuare una manovra di sorpasso in prossimità di una curva, la quale si concluse con un tamponamento ai danni della vittima. Il sorpasso venne effettuato in violazione della disciplina di settore, tuttavia, la Corte territoriale non ritenne il soggetto penalmente responsabile data la sussistenza di un carattere di funzionalità della manovra eseguita, al fine di raggiungere un risultato sportivo utile.

La parte civile fece ricorso in Cassazione, fondando lo stesso sulla pretesa erronea applicazione degli artt. 50 e 51 c.p. Essa ritenne che nel caso di specie non dovesse operare la scriminante dell'attività sportiva. Ciò nella misura in cui la condotta adottata dallo sportivo dovesse considerarsi al di fuori dei limiti dell'area di rischio consentito, in quanto non conforme alle *legis artis* dettate dalla disciplina. Di conseguenza, la Corte territoriale non avrebbe dovuto prevedere l'applicabilità di alcuna scriminante in relazione alla fattispecie in esame.

²²⁰ Cass. pen., sez. IV, 03/10/2022, n. 37178, in *Riv. It. Med. Leg. (e del Diritto in campo sanitario)*, 2023, 136.

²²¹ La disciplina sportiva automobilistica può essere collocata, in base al proprio grado di violenza consentita, nella categoria degli *sport non di combattimento* così come delineati da MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 300. Un diverso inquadramento, che prevede una tripartizione tra sport a contatto necessario, a contatto eventuale e senza contatto (CIMMINO M., *L'indisponibilità del diritto all'integrità fisica della persona umana in ambito sportivo e i limiti al rischio consentito*, in *Ius Humani*, 2016, 76), la identifica nel novero degli sport a contatto eventuale. La disciplina assumerebbe invece la qualità di *sport con uso di mezzi intrinsecamente pericolosi* qualora dovesse essere perseguita la teoria quadripartita di BONINI S., *Colpa sportiva*, in *Enc. Dir., Reato colposo*, Milano, 2021, 267.

La Suprema Corte, tuttavia, oltre a rigettare formalmente il ricorso per inammissibilità, confermò la pronuncia della Corte territoriale, alla luce di alcune innovative considerazioni relative al concetto di rischio consentito.

La sentenza in esame prende le mosse dall'impossibilità di configurare l'accertamento del rischio consentito sotto il profilo dell'antigiuridicità, dovendosi ricondurre, tale concetto, alla componente della colpevolezza, così come considerato dalla dottrina²²². Nel suo *iter* decisorio, dunque, la Corte nega la possibilità di considerare ancora attuali:

“posizioni dottrinarie e giurisprudenziali non più in linea con l'evoluzione del pensiero giuridico in materia di colpa e in particolare in materia di accertamento della responsabilità per colpa nell'ambito dell'attività sportiva”

In particolare, essa si riferisce agli orientamenti – precedentemente analizzati – in *primis*, che sostengono la possibilità di prevedere, quale fondamento di liceità dell'attività sportiva, una causa di giustificazione tipica ex artt. 50-54 c.p. Inoltre, la Corte specifica che, al fine di configurare un'area di rischio consentito, non sussisterebbe il bisogno di ricavare un fondamento di legittimità della condotta dell'atleta attraverso un'interpretazione analogica *in bonam partem* degli istituti ex artt. 50-54 c.p. Infatti, sarebbe sufficiente tracciare una linea distintiva tra le condotte poste in essere in violazione di una regola prevista dalla normativa settoriale sportiva e quelle contrarie a norme cautelari che possono acquisire rilevanza ai fini della responsabilità

²²² V., ad esempio, BONINI S., *Colpa sportiva*, cit., 261. L'autore, in particolare, sostiene che la scriminante riconducibile al rischio consentito debba comportare “*la radicale atipicità del fatto, non il 'semplice' difetto dell'antigiuridicità*”, essendo applicabile qualora il soggetto abbia correttamente osservato le *leges artis* adottando una condotta conforme all'ordinamento sportivo e, di conseguenza, all'ordinamento statale.

penale dell'autore²²³. Con la conseguenza per cui, l'area di rischio consentito potrebbe legittimamente operare soltanto qualora il soggetto abbia rispettato la norma cautelare settoriale.

La Corte abbandona la concezione riferibile alla giurisprudenza tradizionale²²⁴, secondo la quale la possibilità di considerare la sussistenza di un'area di rischio consentito all'interno della fattispecie è collegata all'operatività di una causa di giustificazione atipica nel caso concreto. Infatti, una tale impostazione rischierebbe di ridurre la scriminante a un mero elemento formale accertabile caso per caso. Per questo motivo, la pronuncia evidenzia la doverosità di effettuare un accertamento circa la configurabilità del rischio consentito sotto il profilo dei corollari della materia colposa²²⁵.

La sentenza ripercorre tali principi, in particolare in relazione alla duplice funzione riconosciuta alla colpa dall'ordinamento²²⁶. Da un punto di vista oggettivo, rileva con riferimento alla tipicità del fatto nella misura in cui definisce gli elementi costituenti la fattispecie colposa. D'altro lato, sul piano

²²³ Il fine perseguito dalla pronuncia è costituito dall'evitare di prospettare un eccessivo numero di interventi arbitrari da parte del sistema giuridico generale su quello sportivo e dunque, preservando l'autonomia legislativa di quest'ultimo. FLORIO E., *Rischio sportivo e rischio penale nuovamente all'esame della Cassazione*, in *Giur. Pen. Web*, 2022, 1019 ss.

²²⁴ Cass. pen., sez. IV, 21/10/2021, n. 3284, con nota di FLORIO E., in *Sist. pen.*, 2022; Cass. pen., sez. IV, 28/10/2021, n. 8609, con nota di NICOLINI C. A., in *Riv. It. Med. Leg. (e del Diritto in campo sanitario)*, 2022, 444 ss.

²²⁵ Passaggio logico ripreso dalla Cass. pen., sez. IV, 19/05/2023, n. 21452, con nota di ROCCHI F., *Le lesioni colpose nelle competizioni sportive vanno valutate secondo i consueti criteri dell'imputazione colposa*, in *Dir. pen. e proc.*, 2023, 1019 ss. La Corte, in particolare, abbandona la concezione del rischio consentito quale scriminante assoluta, ponendo il *focus* sull'accertamento relativo all'esistenza di una colpa generica o specifica dell'agente. Si tratta di un'impostazione volta a valorizzare non solo la conformità della condotta al regolamento settoriale sportivo, ma anche il grado di prevedibilità e di adeguatezza dell'azione rispetto al rischio accettabile al fine di preservare l'altrui incolumità.

²²⁶ Sul punto cfr. GRASSO G., ROMANO M., *Commentario sistematico del Codice penale*, Milano, 2012, 457.

soggettivo si pone quale elemento psicologico imputabile all'autore del fatto. A seguito di considerazioni, la Corte ribadisce la definizione data dalla giurisprudenza consolidata, secondo la quale la responsabilità colposa dell'agente si configurerebbe qualora egli avesse violato una norma cautelare, provocando altresì la situazione di rischio il cui impedimento costituisse la *ratio* della norma violata²²⁷.

Le due funzioni assolve dalla colpa all'interno dell'ordinamento si intersecano nella misura in cui l'imputazione soggettiva del fatto all'autore, per aver agito in violazione di una norma cautelare, apparirebbe configurabile soltanto qualora risulti la sussistenza di tale norma nel caso concreto, la quale rilevarebbe sotto il profilo della tipicità del fatto²²⁸.

La Corte, dunque, prosegue alla luce delle osservazioni svolte analizzando la conseguenza, sul piano sostanziale, derivante dalla collocabilità dell'evento verificatosi all'interno dell'area del rischio consentito. Secondo essa, infatti, non deve intendersi quale l'esclusione dell'antigiuridicità della condotta dell'agente, in quanto essa non si potrebbe in ogni modo configurare in presenza dell'osservanza della disciplina di settore. L'attività verrebbe considerata legittima, infatti, nel senso che verrebbe meno la colpevolezza del soggetto, sulla base del fatto che egli avrebbe agito nel rispetto delle *legis artis*²²⁹.

²²⁷ CAPUTO M., *Colpa penale del medico e sicurezza nelle cure*, Torino, 2017, p. 54 ss. L'autore identifica la natura delle norme cautelari, aventi il fine di prevenire il rischio che si verificano particolari tipologie di eventi a danno degli individui. Allo stesso tempo, egli riconosce la loro utilità al fine di individuare specifiche fattispecie colpose, per evitare di incorrere in incertezze e dubbi interpretativi che possono comportare una differenza di trattamento in relazione a più condotte rientranti nella medesima fattispecie.

²²⁸ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 607 ss.

²²⁹ Inoltre, come accade nella fattispecie in esame, anche qualora il soggetto avesse violato la disciplina settoriale, sarebbe necessario effettuare un accertamento in concreto

Attraverso tale sentenza, dunque, la Corte si discosta dai tentativi di ricerca ed elaborazione di una causa di giustificazione adeguata da applicare all'attività sportiva quale fondamento di legittimità della stessa. Infatti, conclude sostenendo che si tratta di un'attività intrinsecamente lecita caratterizzata da una atipicità, sotto il profilo penalistico, dell'ipotetico evento lesivo.

La pronuncia adotta un approccio molto simile a quello adottato dalle Sezioni Unite con la sentenza *Giulini* – precedentemente analizzata²³⁰ – relativa alla responsabilità penale del sanitario. Infatti, anche in tale occasione, la giurisprudenza di legittimità aveva sancito un innovativo principio in relazione al tema. La Corte, in particolare, affermava che non si sarebbe potuta configurare la responsabilità penale del medico, il quale avesse posto in essere un trattamento differente rispetto a quello per cui era stato prestato il consenso dal paziente. Questo nella misura in cui il medico avesse rispettato le *legis artis* previste dalla disciplina sanitaria e qualora l'esito si fosse rivelato positivo per le condizioni del paziente²³¹.

Anche in questo caso, la Corte perseguiva il fine di discostarsi dagli interventi avvenuti fino a quel momento, i quali si focalizzavano unicamente sulla possibilità di riscontrare il fondamento di liceità dell'attività medico-chirurgica in una causa di giustificazione codificata ovvero ricavata tramite un'interpretazione analogica *in bonam partem*. In questo modo, così come è

per verificare l'elemento psicologico caratterizzante la condotta e l'utilità dell'azione in relazione al risultato sportivo utile e connesso all'attività perseguito dall'agente.

²³⁰ V. *infra* 3.3.1

²³¹ Cfr. VIGANÒ F., *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2009, 1793.

stato effettuato in riferimento all'attività sportiva nella sentenza in esame, veniva stabilita l'intrinseca liceità dell'operato sanitario.

Si tratta di un approccio particolarmente innovativo in quanto, un tale mutamento di considerazione in relazione ad entrambe le attività, sia quella sportiva, sia quella medico-chirurgica, comporta importanti conseguenze sul piano penalistico sostanziale. Infatti, come già anticipato, affermare la liceità intrinseca delle stesse permette all'interprete di spostare il *focus* dal profilo dell'antigiuridicità della condotta del medico ovvero dello sportivo, a quello della tipicità del fatto. Questo nella misura in cui le direttive previste dalla disciplina settoriale (medica e sportiva), se correttamente rispettate, determinano esse stesse l'insussistenza del fatto tipico posto a fondamento delle fattispecie penalmente rilevanti previste dagli artt. 589 e 590 c.p.

CONCLUSIONI

L'analisi effettuata si pone l'obiettivo di considerare l'applicabilità (o meno) dell'istituto del consenso dell'avente diritto nelle fattispecie concernenti l'esercizio di attività medico-chirurgiche e sportive.

Ai fini della completezza dell'indagine, oltre allo studio degli orientamenti che sostengono l'applicabilità dell'art. 50 c.p., sono state prese in considerazione ulteriori impostazioni, sia di matrice dottrinale, sia giurisprudenziale. Tale passaggio si è reso indispensabile per comprendere meglio le ragioni di inapplicabilità dell'istituto all'interno dei due contesti in esame.

Gran parte della dottrina²³² si è rivelata sostenitrice della teoria secondo la quale l'art. 50 c.p. costituirebbe una causa di giustificazione idonea a rappresentare il fondamento di legittimità di tali fattispecie. In entrambi i contesti, in particolare, l'orientamento muove le mosse dall'esistenza di un consenso prestato dal paziente ovvero dai partecipanti alla competizione sportiva. Infatti, secondo l'impostazione offerta, il consenso costituirebbe elemento idoneo a scriminare la condotta dell'agente, facendo venire meno l'antigiuridicità della stessa²³³.

Tuttavia, sia per quanto riguarda l'attività sanitaria, sia con riferimento all'attività sportiva, tale impostazione trova una serie di limiti dati dalla rigidità della disciplina ex art. 50 c.p.

²³² VIGANÒ F., in MARINUCCI G., DOLCINI E., *Codice penale commentato, Sub art. 50 c.p.*, cit., 510 ss.; R. RIZ, *Il consenso dell'avente diritto*, cit., 250 ss.; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit., 433 ss.

²³³ Ciò in quanto il fatto dovrebbe considerarsi lecito, nonostante esso sia tipicamente esistente. Cfr. FIANDACA G., *Intorno a dottrine e interpretazione*, cit., 1279.

Il primo limite invalicabile si sostanzia nel carattere della disponibilità dei diritti che possono essere legittimamente compressi in presenza di consenso del loro titolare. In entrambe le attività questo appare già un confine limitativo in quanto, soprattutto per quanto concerne l'ambito sanitario, attraverso il consenso prestato vengono disposti beni non riconducibili al novero dei diritti disponibili²³⁴, come il diritto alla vita.

Il secondo limite all'applicabilità dell'istituto come scriminante delle attività sanitaria e sportiva fa riferimento al fatto che l'art. 50 c.p. deve essere letto in relazione ai limiti posti dall'art. 5 c.c. La norma pone dei confini alla libertà di autodeterminazione degli individui, la quale costituisce un diritto ricavabile dagli artt. 2, 13 e 32 Cost. La salvaguardia di tale libertà costituzionale è direttamente connessa alla *ratio* del consenso dell'avente diritto. Infatti, la scriminante in esame può validamente operare all'interno delle fattispecie in cui l'interesse all'esercizio del diritto di autodeterminazione dell'individuo viene ritenuto prevalente rispetto a quello dell'ordinamento a tutelare il bene giuridico di cui l'individuo risulta titolare. L'art. 5 c.c., tuttavia, restringe il confine di operatività dell'art. 50 c.p. vietando gli atti di disposizione sul proprio corpo qualora comportino una diminuzione permanente dell'integrità fisica ovvero siano contrari alla legge o al buon costume. In ambito sanitario, se venisse invocato l'art. 50 c.p. quale fondamento di legittimità, questo limite costituirebbe un problema in quanto la scriminante non coprirebbe le fattispecie nelle quali il paziente dovesse, ad esempio, sottoporsi ad un intervento di rimozione di un organo.

Parimenti, in contesti sportivi, non è inimmaginabile il caso in cui l'atleta dovesse subire una lesione in grado di causargli una paralisi permanente. In entrambe le ipotesi, infatti, si configurerebbe un atto di disposizione vietato

²³⁴ GIUNTA F., *Il consenso informato*, cit., 388.

dall'art. 5 c.c., dunque, non sarebbe possibile ricorrere alla scriminante ex art. 50 c.p.

Oltre alla difficoltà di invocare l'istituto del consenso dell'avente diritto quale fondamento di legittimità dell'attività medico-chirurgica e sportiva, nel corso dell'analisi, sono state rinvenute innumerevoli criticità opponibili ai tentativi di applicabilità delle altre scriminanti codificate agli artt. 51-54 c.p. Nonostante le peculiarità dei relativi presupposti, le ragioni di tale difficoltà applicativa si riferiscono prevalentemente alla restrittività che caratterizza questi istituti²³⁵.

Inoltre, si è visto come il carattere limitativo delle fattispecie influenzerebbe la possibilità di ricavare un fondamento di legittimità delle attività in esame attraverso un'interpretazione analogica *in bonam partem* delle cause di giustificazione previste dal sistema penale²³⁶. Tale operazione interpretativa, infatti, sarebbe consentita nella misura in cui essa non fosse funzionale al tentativo di ovviare ai confini posti volontariamente dal legislatore con il fine di non esporre gli individui al sacrificio di un proprio bene giuridico senza un presupposto adeguato. Ciò in quanto, l'analogia *in bonam partem* può considerarsi invocabile in relazione alle norme penali favorevoli, ciononostante, avendo riguardo alla tutela dei beni giuridici degli individui, la quale non sarebbe adeguatamente assicurata nel caso in cui si abusasse del ricorso all'interpretazione analogica a favore del reo.

²³⁵ A titolo esemplificativo, si pensi ai requisiti estremamente limitanti previsti dalla scriminante dello stato di necessità ex art. 54 c.p. riferibili all'attualità del pericolo, il quale non deve altresì essere causato volontariamente dall'autore, deve essere inevitabile e proporzionale al fatto commesso. Cfr. ROTOLO G., "Medicina difensiva" e giurisprudenza in campo penale, cit., 1259 ss.

²³⁶ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 97 ss.

Dunque, al termine di questa analisi, è possibile affermare pacificamente l'insufficienza della disciplina scriminante prevista dall'ordinamento, in particolare con riferimento all'istituto del consenso dell'avente diritto, se relazionata con le diverse fattispecie eventualmente verificabili, ad esempio, in ambito sportivo o medico-chirurgico, che trascendono dall'ordinamento giuridico penale.

La collocazione sistematica dell'istituto in esame, infatti, si dimostra essere oggi riduttiva e incompatibile con l'esigenza di elaborare un fondamento giuridico di legittimazione ravvisabile in tali fattispecie. Si tratta, come visto, di una necessità attuale e discendente da un numero considerevole di mutamenti di veduta verificatisi all'interno dell'ordinamento giuridico e della comunità²³⁷. Tali mutamenti hanno, infatti, contribuito all'espansione dell'importanza del consenso e della sua forza legittimante, senza prevedere una specifica regolamentazione giuridica dello stesso.

Ciò ha comportato il verificarsi di numerose prese di posizione in dottrina e in giurisprudenza, nel tentativo di trovare una soluzione alternativa rispetto alla tradizionale tendenza di invocare le cause di giustificazione previste dalla legge o di elaborare nuovi istituti attraverso un'interpretazione *in bonam partem* degli artt. 50-54 c.p. al fine di individuare il fondamento della natura giuridica del consenso quale scriminante di particolari tipologie di condotte.

²³⁷ Soprattutto per quanto concerne l'attività medico-chirurgica. Infatti, come si è visto, essendo, il consenso informato, un principio importato dall'ordinamento statunitense soltanto verso la fine del Novecento, prima di allora il trattamento sanitario veniva eseguito a prescindere dall'esistenza di un consenso del paziente. Tuttavia, tali mutamenti sono ravvisabili altresì in ambito sportivo. Ciò nella misura in cui il dibattito dottrinale e giurisprudenziale, circa la configurabilità del fondamento giustificativo degli atti posti in essere dall'atleta, ha origini estremamente attuali e collegate alla rilevanza che l'ordinamento ha attribuito all'attività sportiva negli ultimi anni.

A tal proposito è possibile richiamare l'attenzione, in primo luogo, sul principio sancito dalle Sezioni Unite con la sentenza *Giulini*, la quale adotta un approccio innovativo in relazione all'inquadramento del fondamento di legittimità della condotta medico-chirurgica. Infatti, la Corte interviene nel dibattito legittimando l'attività arbitrariamente posta in essere dal sanitario, nella misura in cui essa si sia svolta nel rispetto delle *legis artis* della disciplina medica e qualora abbia comportato un miglioramento delle condizioni del paziente. Attraverso tale pronuncia, dunque, la Corte dichiara l'insufficienza dell'esistenza del consenso al fine di configurare legittima la condotta adottata dall'agente nell'esercizio dell'attività medico-chirurgica²³⁸.

Si è analizzata, infine, una soluzione ancor più innovativa offerta dalla Suprema Corte²³⁹, la quale ha spostato il *focus* relativo ai confini del cd. rischio consentito²⁴⁰ dall'accertamento circa la sussistenza della componente dell'antigiuridicità, all'analisi dell'imputabilità soggettiva del fatto all'agente. Infatti, la Corte ha sancito che la responsabilità penale dell'atleta si configurerebbe soltanto qualora egli avesse violato le *legis artis* previste dall'ordinamento sportivo, comportando la situazione di pericolo che esse miravano a prevenire.

Entrambe le pronunce sono accomunate dalla conseguenza che tali innovazioni comportano sul piano sostanziale. Esse si discostano dalla necessità di ravvisare una scriminante idonea ad escludere l'antigiuridicità della condotta del soggetto. L'approccio adottato, infatti, si basa sulla

²³⁸ VIGANÒ F., *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente*, cit., 1793.

²³⁹ Cass. pen., sez. IV, 03/10/2022, n. 37178, in *Riv. It. Med. Leg.*, cit., 136.

²⁴⁰ L'area di rischio consentito rappresenta uno spazio d'azione concesso all'atleta all'interno del quale la sua condotta verrebbe sempre considerata conforme all'ordinamento sportivo.

ritenuta assenza dei requisiti di tipicità, previsti dagli artt. 589 e 590 c.p., in relazione al fatto verificatosi, se avvenuto nel rispetto della disciplina di settore, dalla quale discenderebbe l'intrinseca liceità delle attività medico-chirurgiche e sportive.

Tuttavia, anche tale soluzione non apparirebbe accoglibile nella misura in cui, per quanto concerne l'attività medico-chirurgica, verrebbe permesso in generale l'intervento arbitrario del sanitario, essendo sufficiente l'esito fausto dell'operazione e che egli agisca in conformità con la disciplina. D'altro lato, in riferimento all'attività sportiva, i partecipanti sarebbero sempre esposti al rischio di subire lesioni nel corso della competizione. Tali lesioni, inoltre, rimarrebbero impunte se procurate a causa di una condotta adottata dall'agente con l'intenzione di raggiungere un risultato sportivo utile connesso al tipo di disciplina praticata.

Un'ulteriore soluzione prospettata dalla dottrina si ravviserebbe nel tentativo di superare la rigida impostazione giurisprudenziale circa l'incompatibilità intercorrente tra l'istituto ex art. 50 c.p. e i reati colposi²⁴¹, prevedendo l'operatività della scriminante anche in relazione a queste ipotesi. Secondo tale impostazione, da ciò ne discenderebbe una seconda funzione del consenso dell'avente diritto, quella di rappresentare il fondamento del principio di autoresponsabilità nel sistema penale²⁴². L'obiettivo che si pone l'orientamento in esame è quello di far cessare tutti i presupposti limitativi riferibili alla valida operatività dell'istituto, in particolare, quello relativo alla natura disponibile dei beni, nella misura in cui il soggetto, attraverso la

²⁴¹ Così come affermato da LICITRA B., *Orientamenti giurisprudenziali in tema di consenso dell'avente diritto*, in *Cass. pen.*, 1985, 513 ss.; PEDRAZZI C., *Consenso dell'avente diritto*, cit., 148; GROSSO C. F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale di diritto penale*. Parte generale, Milano, 2023, 324 ss.

²⁴² In relazione al tema, v. DI GIOVINE O., *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, in *Legisl. Pen.*, 2019

prestazione del proprio consenso, non porrebbe in essere una disposizione del proprio diritto²⁴³. Ciò in quanto, trattandosi di un reato colposo, egli non acconsentirebbe direttamente ad una lesione specifica cagionata dall'agente, bensì accetterebbe il rischio discendente dalla natura dell'attività svolta.

Tuttavia, quest'ultima impostazione non risulterebbe sufficiente ai fini del superamento dei limiti della disciplina prevista dall'art. 50 c.p. Come ribadito dalla Suprema Corte²⁴⁴, il consenso dell'avente diritto non potrebbe acquisire efficacia scriminante nelle fattispecie nelle quali si configuri la condotta colposa dell'agente a danno di un bene indisponibile della vittima. Ciò nella misura in cui questa categoria di beni è tutelata dall'ordinamento anche attraverso l'incriminazione dei reati colposi, in particolare della vita e dell'integrità fisica. Inoltre, l'art. 50 c.p. continuerebbe a soggiacere ai limiti previsti dall'art. 5 c.c., dunque, qualora la condotta dovesse cagionare una diminuzione permanente dell'integrità fisica del soggetto che la subisce, non sarebbe in ogni modo configurabile la scriminante del consenso dell'avente diritto. Infine, appare necessario fare riferimento all'incompatibilità logica intercorrente tra la volontà, manifestata attraverso il consenso, di accettare una lesione e la natura involontaria del fatto colposo.

²⁴³ Sul punto v. PREVE A., *Autoresponsabilità e diritto penale: la condotta della vittima come limite alla responsabilità penale*, Roma, 2023, 10: “non sussisterebbe tale limite quando il titolare del bene giuridico acconsenta alla sola messa in pericolo del bene giuridico, anche se indisponibile.”

²⁴⁴ Cass. pen., sez. IV, 02/11/1978, n. 10705, in *Giust. Pen.*, 1979, 177.

BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA

- ALBEGGIANI F., *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Milano 1995.
- ALBEGGIANI F., voce *Sport* (dir. pen.), *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1990.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale – Parte generale*, Milano, 2003.
- BACIGALUPO E., *El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física*, in *Poder Judicial*, 1989-1990.
- BALDASSARRE A., *Privacy e Costituzione*, Roma, 1974.
- BALDINI G., *Riflessioni di Biodiritto. Profili evolutivi e nuove questioni*, Padova, 2019.
- BARNI M., *La autolegittimazione dell'attività medica e la volontà del paziente*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2009.
- BATTAGLINI E., *L'art. 50 c.p. e gli innesti omoplastici*, in *Giust. pen.*, 1934.
- BATTAGLINI G., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Padova 1949
- BELTRANI S., in *Codice penale commentato*, 2024.
- BINGING K., *Die Normen, und ihre Übertretung*, Leipzig, 1872.
- BONINI S., *Colpa sportiva*, in *Enc. Dir., Reato colposo*, Milano, 2021.
- BOUDON R., *La logique du social*, Parigi, 1979 (trad. it. PLAZIO G., *La logica del sociale*, Milano 1980).
- CALLAHAN D., *Bioethics*, in W. T. REICH (a cura di), *Encyclopedia of Bioethics*, New York, 1995.

- CAPUTO M., *Colpa penale del medico e sicurezza nelle cure*, Torino, 2017
- CASONATO C., *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quad. cost.*, 2008.
- CASTRONOVO C., *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. e Dir. Priv.*, 2010.
- CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, Milano 2015.
- CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur.*, Roma 1990.
- CASTRONOVO C., *Responsabilità civile*, Milano 2018.
- CATALANO R., MARTINO A., *Il consenso informato: la violazione del diritto all'autodeterminazione del paziente e la tutela risarcitoria*, in *Quest. Giust.*, 2016.
- CHINÈ G., *Illecito sportivo e responsabilità penale: i nuovi confini di una scriminante non codificata*, in *Riv. Dir. sport.*, 2000.
- CIMMINO M., *L'indisponibilità del diritto all'integrità fisica della persona umana in ambito sportivo e i limiti al rischio consentito*, in *Ius Humani*, 2016.
- CISIANO P., "Atto giuridico", in *Disc. priv., sez. civ.*, Torino, 2003.
- COCCO G., AMBROSETTI E. M., *Manuale di diritto penale, Parte generale. Il reato*, Padova, 2017.
- COCCO G., *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche urgenti*, in *Resp. Civ. prev.*, 2009.
- COMTE A., *Système de politique positive*, Parigi, 1851-1854.
- CONSULICH F., *Rischio consentito*, in *Enc. Dir., Reato colposo*, Milano, 2021.

- COVASSI G., *L'attività sportiva come causa di esclusione del reato*, Padova, 1984.
- CRIMI F., *Lesioni personali e attività sportiva. La scriminante atipica dell'accettazione del rischio consentito durante una partita di calcio*, in *QG*, 2016.
- CUPELLI C., *Cronaca di un contrasto annunciato: la legge Gelli-Bianco alle Sezioni unite*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017.
- CUPELLI C., *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione "costituzionalmente conforme" dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Dir. pen. cont.*, 2018.
- CUPELLI C., *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio*, in *Dir. pen. cont.*, 2017.
- CUPELLI C., *Quale (non) punibilità per l'imperizia? La Cassazione torna sull'ambito applicativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto: si avvicinano le Sezioni unite*, in *Dir. pen. cont.*, 2017.
- DAL CANTO F., *I principi fondamentali*, in R. ROMBOLI (a cura), *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo, Volume I - Lo Stato e gli altri ordinamenti giuridici, i principi fondamentali e le istituzioni politiche*, Torino, 2019.
- DE FRANCESCO G., *La violenza sportiva e i suoi limiti scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983.
- DE LILLO J., *Dissenso informato e trattamento sanitario salvavita terapeutico*, in *Arch. Pen.*, 2014.
- DE TOCQUEVILLE A., *Democracy in America*, Londra, 1835-1840, *passim* (trad. it. TOSI S., *La democrazia in America*, Bologna 1957).

DE VITA A., *Il diritto all'autodeterminazione in ambito sanitario e il testamento biologico: verso nuove frontiere del diritto? Il diritto della sanità: problematiche attuali*, in *Giust. Amm.*, 2020.

DEL CASTILLO SANTANA M. S., *Estudio sobre la casuística de las lesiones en la jurisprudencia romana*, Madrid, 1994.

DI GIOVINE O., *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, in *Legisl. Pen.*, 2019.

DI MARSICO A., *Diritto penale. Parte generale*, Napoli 1935.

DONINI M., *Imputazione oggettiva dell'evento (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, 2010.

DURKHEIM E., *Du la division du travail social*, Parigi, 1893 (trad. it. F. A. NAMER, *La divisione del lavoro sociale*, Milano 2016).

ELLMER M., *Betrug und Opfermitverantwortung*, Berlino, 1986.

FALCINELLI D., *Il consenso dell'avente diritto nei percorsi del diritto penale "umano"*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2016.

FEDORCZYK F., *Attendibilità della vittima e accertamento del consenso nel reato di violenza sessuale*, in *Sist. Pen.*, 2020.

FEOLA T., ANTIGNANI P., DURANTE C., SPALLETTA M., *Consenso Informato*, Torino, 2001.

FIANDACA G., *Intorno a dottrine e interpretazione penalistiche dal Codice penale Rocco a oggi*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2023.

FIANDACA G., *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Foro it.*, 2009.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale Parte generale*, Bologna 2024.

FIORE C., *Tipicità del fatto colposo e problema del suo accertamento*, Padova, 1996.

FLORIO E., *Rischio sportivo e rischio penale nuovamente all'esame della Cassazione*, in *Giur. Pen. Web*, 2022.

FORTI G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990.

FORTUNA F. S., *Illecito penale e illecito sportivo*, in *Cass. pen.*, 1981.

FRESA M., *La colpa professionale in ambito sanitario*, Milano, 2008.

FUNGHI G., *L'area d'azione del rischio consentito nello svolgimento di un'attività sportiva*, in *Riv. Dir. Sport.*, 2017.

GALGANO F., *Diritto privato*, Padova, 1999.

GALLETTI M., *Autodeterminazione. Un punto di vista filosofico*, in *Riv It Cure Palliative*, 2022.

GALLO M., *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Torino, 2014.

GALLO M., *Tratta di persone e traffico di organi: un'analisi giuridica comparata*, Roma, 2017.

GIUNTA F., *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001.

GIUSIO M., QUATTROCOLO A., *Elementi di vittimologia e di victim support*, Caserta, 2014.

- GORGONI A., *La “stagione” del consenso e dell’informazione: strumenti di realizzazione del diritto alla salute e di quello all’autodeterminazione*, in *Riv. Iris*, 1999.
- GRASSO G, ROMANO M., *Commentario sistematico del Codice penale*, Milano, 2011.
- GRASSO G., ROMANO M., *Commentario sistematico del Codice penale*, Milano, 2012.
- GREEN D. S. T., MACKENZIE C. R., *Nuances of informed consent: the paradigm of regional Anesthesia.*, in *HSS J.*, 2007.
- GRISPIGNI F., *Il consenso dell’offeso*, Prato, 1924.
- GROSSO C. F., *Necessità (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1977.
- GROSSO C. F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2023.
- GUERINONI E., *Attività sanitaria e responsabilità civile*, in *Corr. Giur.*, 2013.
- HENTING H., *The Criminal and his victim*, New York, 1948.
- INTRONA F., *La responsabilità professionale nell’esercizio delle arti sanitarie*, Padova, 1955.
- KANT I., *Fondazione della metafisica dei costumi*, Roma – Bari, 1997.
- LICITRA B., *Orientamenti giurisprudenziali in tema di consenso dell’avente diritto*, in *Cass. pen.*, 1985.
- LITTRÉ É., *Oeuvres complètes d’Hippocrate*, Parigi, 1839-1861.
- MAGGIORE G., *Lezioni di diritto penale. Parte generale*, Bologna 1937.
- MALLARDI V., *Le origini del consenso informato*, Ancona, 2005.

- MANNA A., *La responsabilità professionale in ambito sanitario: profili di diritto penale.*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2007.
- MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984.
- MANNA A., *Trattamento medico chirurgico*, Milano, 1992.
- MANNA A., *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *Ind. Pen.*, 2004.
- MANNA A., *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa, 2014.
- MANTELERO A., *Privacy, Contratto e impresa*, Torino, 2008.
- MANTOVANI F., *Diritto Penale – Parte Generale*, Padova 2023.
- MANTOVANI F., voce *Esercizio di un diritto (dir. penale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1966.
- MARINO G., *Amministratore di sostegno e rifiuto delle cure: normativa incostituzionale?* in *Dir. & Giust.*, fasc. 109.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2023.
- MARRA G., *Le lesioni dolose possono ricorrere anche nel corso della gara sportiva*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2012.
- MARRA G., *Ritorno indietro di dieci anni sul tema del consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in *Cass. pen.*, 2003.
- MARZANO F., *L'attività sportiva tra illecito disciplinare e attività penalmente rilevante*, in *Cass. pen.*, 2007.

- MAZZON R., *L'antigiuridicità nel diritto civile e in quello penale: l'esempio del consenso dell'avente diritto*, in *Persona & Danno*, 2017.
- MENGONI L., *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, Milano 1988.
- MENIKOFF J., *Law and Bioethics*, Georgetown, 2001.
- MILL J. S., *Saggio sulla libertà*, Milano 1999.
- MOLARI A., *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964.
- NICOLUSSI A., *Responsabilità sanitaria e rivalsa*, in *Eur. e Dir. Priv.*, fasc. 4.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003.
- PEARSONS T., *The social system*, Londra, 1951 (trad. It. COTTINO A., *Il Sistema sociale*, Milano 1965).
- PEDRAZZI C., (voce) *Consenso dell'avente diritto e la tutela penale degli interessi privati*. *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1961.
- PEDRAZZI M., *Consenso dell'avente diritto*, Milano, 2009.
- PETROCELLI B., *Il consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in *Annali*, 1932.
- PONTEPRINO G., *“Violenza sportiva” e responsabilità penale. Dalla scriminante tacita del “rischio consentito” ad un più rigoroso riscontro della “colpa”*, in *Legis. Pen.*, 2023.
- POSTERARO N., *Evoluzione del diritto alla salute e riconoscimento dell'autonomia del paziente tra tecnologia, spersonalizzazione e crisi valoriale*, in *Dike kai nòmos*, 2013.

PREVE A., *Autoresponsabilità e diritto penale: la condotta della vittima come limite alla responsabilità penale*, Roma, 2023.

RAMPIONI R., voce *Delitto sportivo*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1988.

RANIERI S., *Diritto penale. Parte generale*, Milano 1968.

RIZ R., *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, 1978.

ROCCHI F., *Le lesioni colpose nelle competizioni sportive vanno valutate secondo i consueti criteri dell'imputazione colposa*, in *Dir. pen. e proc.*, 2023.

RODOTÀ S., ZATTI P., *Trattato di biodiritto – Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010.

ROMANO B., *I limiti alla responsabilità penale dei partecipanti all'attività sportiva*, in *Archiviopenale.it*, 2024.

RONCO M., ARDIZZONE S., ROMANO B. (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2009.

ROSZAK T., *The Making of a Counterculture: Reflections on the Technocratic Society and Its Youthful Opposition*, California, 1969.

ROTOLO G., “*Medicina difensiva*” e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso, in *Dir. pen. e proc.*, 2012.

SALAZAR L., *Consenso dell'avente diritto e disponibilità dell'integrità fisica*, in *Cass. pen.*, 1983.

SANS G., *La dignità dell'uomo, Riflessioni alla luce del pensiero di I. Kant*, in *La civiltà cattolica*, 2015.

- SANTINI S., *La Cassazione in tema di omicidio pietatis causa: inquadramento giuridico e attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2016.
- SCHNEIDER C., *Viktimologie, Wissenschaft vom Verbrechenopfer*, Tübingen, 1975.
- SENNETT R., *Respect in a world of inequality*, New York, 2003, (trad. it. *Rispetto: La dignità umana in un mondo di diseguali*, Bologna 2004).
- SERPETTI A. B., *La violazione dell'obbligo informativo in relazione alla lesione del diritto all'autodeterminazione e alla salute.*, in *IUS Resp. Civ.*, 2023.
- SILVESTRI G., *L'individuazione dei diritti della persona*, in *Dir. pen. cont.*, 2018.
- TAMARIT SUMALLA J. M., *Comentarios al nuevo Código penal*, Pamplona, 1996.
- TIGRINO A., *La riflessione penalistica spagnola in materia di fine vita: dalle elaborazioni d'epoca franchista alla Ley Orgánica de regulación de la eutanasia del 18 marzo 2021*, in *Legis. Pen.*, 2021.
- TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008.
- TORDINI CAGLI S., *Profili penali del trattamento medico-chirurgico in assenza di consenso*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2009.
- TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2023.
- VALSECCHI A., *Una nuova pronuncia della S.C. in tema di responsabilità del medico per trattamento chirurgico senza il valido consenso del paziente*, in *Dir. pen. cont.*, 2012.
- VASSALLI G., *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico*, in *Arch. Pen.*, 1973.

VIGANÒ F., in MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Codice penale commentato*, Torino, 2011.

VIGANÒ F., *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2009.

VIGANÒ F., *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004.

WACKE A., *Incidenti nello sport e nel gioco in diritto romano e moderno*, in *Index*, 1991.

WARREN S., BRANDEIS L., *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890.

GIURISPRUDENZA

CORTE DI CASSAZIONE:

Cass. civ., sez. I, 31/01/1934, n. 321.

Cass. pen. sez. III, 29/11/1957, n. 561.

Cass. pen., sez. II, 11/11/1970, n. 1165.

Cass. pen., sez. I, 10/01/1972, n. 1228.

Cass. civ. sez. I, 11/07/1977 n. 2077.

Cass. pen., sez. II, 07/12/1977, n. 11965.

Cass. pen., sez. IV, 02/11/1978, n. 10705.

Cass. pen., sez. V, 21/04/1992 n. 5693.

Cass. civ., sez. III, 24/02/1997, n. 1682.

Cass. pen., sez. IV, 25/02/2000, n. 2765.

Cass. pen., sez. III, 02/06/2000, n. 8910.

Cass. pen., sez. IV, 09/03/2001, n. 28132.

Cass. pen., sez. I, 29/05/2002 n. 26466.

Cass. pen., sez. VI, 14/02/ 2006, n. 11640.

Cass. civ., SS. UU., 11/01/2008, n. 577.

Cass. pen., SS. UU., 18/12/2008, n. 2347.

Cass. pen., SS. UU., 18/12/2008, n. 2437.

Cass. civ., sez. III, 28/07/2011, n. 16543.

Cass. pen., sez. V, 06/09/2011, n. 33136.

Cass. pen., sez. IV, 16/11/2011, n. 42119.
Cass. pen., sez. IV, 23/03/2015, n. 21537.
Cass. civ., sez. III, 30/10/2015, n. 19541.
Cass. pen., sez. I, 12/11/2015, n. 12928.
Cass. pen., sez. IV, 26/11/2015, n. 9559.
Cass. pen., sez. V, 15/02/2016, n. 15170.
Cass. pen., sez. IV, 08/03/2016, n. 9559.
Cass. pen., sez. IV, 19/04/2016, n. 22156.
Cass. pen., sez. IV, 14/07/2016, n. 34977.
Cass. pen., sez. V, 28/03/2017, n. 33275.
Cass. pen., sez. IV, 07/06/2017, n. 28187.
Cass. pen., sez. IV, 19/10/2017, n. 50078.
Cass. pen., SS. UU., 21/12/2017, n. 8770.
Cass. pen., SS. UU., 22/02/2018, n. 8770.
Cass. pen., sez. II, 08/07/2019, n. 29648.
Cass. pen., sez. III, 16/10/2019, n. 5512.
Cass. civ., sez. III 11/11/2019, n. 28987.
Cass. pen., sez. IV, 21/10/2021, n. 3284.
Cass. pen., sez. IV, 28/10/2021, n. 8609.
Cass. pen., Sez. IV, 03/02/2022, n. 7849.
Cass. pen., sez. IV, 23/06/2022, n. 37178.
Cass. pen., sez. IV, 03/10/2022, n. 37178.
Cass. pen., sez. IV, 19/05/2023, n. 21452.

Cass. civ., sez. III, 12/06/2023, n. 16633.

TRIBUNALE ORDINARIO:

Sent. Trib. Milano, sez. VII, 14/05/1998, n. 16882.

Sent. Trib. Palermo, sez. III, 23/06/2022, n. 2772.

CORTE COSTITUZIONALE:

Corte cost., 23/12/2008, n. 438.

Corte cost., 13/06/2019, n. 144.

CONSIGLIO DI STATO:

Cons. di Stato, comm. spec., 31/07/2018, n. 1991.

CORTE EDU:

C. Eur. Dir. Uomo, sez. IV, *Pretty v. the United Kingdom*, 29/04/2002, ric. n. 2346/02.

C. Eur. Dir. Uomo, sez. III, *Csoma v. Romania*, 15/01/2013, ric. n. 8759/05.

GIURISPRUDENZA STATUNITENSE:

New York Court of Appeals, *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 14/04/1914, n. 211.

Minnesota Supreme Court, *Mohr v. Williams*, 23/06/1905, n. 14.312, 14.360.

U.S. Supreme Court, *Griswold v. Connecticut*, 07/06/1965, n. 381.

Supreme Court of Pennsylvania, *Gray v. Grunnagle*, 24/06/1966, n. 423.

Court of Appeals of California, *Berkey v. Anderson*, 18/11/1969, n. 33136.

RINGRAZIAMENTI

Ringrazio la mia mamma Antonella e il mio papà Luigi per avermi dato la possibilità di studiare e conoscere il mondo.

Grazie per avermi resa la persona curiosa e intraprendente che sono oggi.

Ringrazio mio fratello Tommaso per essere il mio compagno di vita, nel bene e nel male.

Grazie per aver rivestito in più occasioni il ruolo del fratello maggiore, anche se di fatto la sorella maggiore sono io.

Grazie a nonna Marcella, nonna Silvana, nonno Franco e nonno Ennio per essere ed essere stati la colonna portante della mia vita.

Grazie a mia cugina Tania per i suoi preziosi consigli sulla vita, a mia zia Anita per avermi mandato un messaggio di congratulazioni dopo ogni esame, a mio zio Nicola per essere stata l'unica persona a credere che io avessi qualche *chance* con la matematica.

Grazie agli amici che ci sono da sempre e a quelli che ho avuto la fortuna di incontrare nel corso della mia vita.

Grazie ad Alessia R. per essere sempre stata dalla mia parte, fin da quel giorno di settembre di tredici lunghissimi anni fa.

Ti ringrazio per essere sempre pronta a strapparmi un sorriso nelle giornate buie e per riuscire a personificare perfettamente la parola "*amicizia*".

Grazie al gruppo *Minipony* + Irene perché, nonostante tutto, con voi ho condiviso alcuni tra i momenti più belli della mia vita.

Grazie ad Alessia F. per essere da sempre una costante.

Grazie ai miei compagni di percorso, ringrazio in particolare Chiara, Amani, Dalila e Giulia per essere state con me fin dal primo giorno.

Grazie a Sara per essere una delle mie più grandi sostenitrici, nonché una preziosa fonte d'ispirazione.

Grazie a Valentina perché, pur essendoci avvicinate solo a metà di questi cinque anni, è come se ci conoscessimo da sempre.

Ringrazio Lleida per avermi cambiata, fatta maturare e avermi resa la persona indipendente che sono oggi. Questo non sarebbe mai stato possibile senza la presenza delle persone meravigliose che mi ha fatto incontrare. A tal proposito, ringrazio tutti i miei amici di *Pasta Buona*, la “pasta buona” alla fine non l’abbiamo mai mangiata, ma di sicuro mi porterò per sempre nel cuore tutti i pasti che abbiamo consumato insieme.

Ringrazio Akira per essere la coinquilina migliore del mondo, per condividere con me pause studio, colazioni, pranzi, cene, scleri dopo il lavoro e innumerevoli puntate di *Elisa True Crime* il lunedì sera.

Grazie ad Andrea, la mia persona.

Grazie per essere arrivato nella mia vita in un momento in cui c’era solo buio e avermi portata letteralmente a vedere le stelle quella sera di agosto.

Grazie per avermi più volte applaudita talmente tanto forte da non farmi accorgere che io non lo stavo facendo.

Ti ringrazio per colorare ogni giorno la mia vita di colori accesi.

