DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

IL CONSENSO DELL'AVENTE DIRITTO NEI PERCORSI DEL DIRITTO PENALE "UMANO"

di Daniela Falcinelli

Abstract. *I principi costituzionali e i diritti umani sanciti nella CEDU pongono al centro del sistema dei valori la persona e la sua libertà di autodeterminazione in relazione alla gestione dei propri beni e dei propri diritti individuali. Si riattualizza così l'interrogativo sul ruolo penale del fattore "consenso dell'avente diritto" in un contesto giuridico moderno, globale, "umano".*

SOMMARIO: 1. Decisioni della Vittima, tutela della Vittima: osservatorio sul sistema penale italiano integrato dalla Cedu. – 2. I "tre gradi" di rilievo penale del consenso del titolare del diritto, secondo la dogmatica tradizionale – a) Il consenso nelle singole fattispecie criminose: Fattore di Tipicità, negativo o positivo – b) Il consenso nella struttura generale del reato: l'art. 50 c.p. come Causa di Giustificazione – c) Il consenso dell'avente diritto come parte di una autonoma e complessa Situazione Scriminante (l'esercizio del diritto "altrui"). – 3. Un nuovo ruolo del consenso nella struttura generale del reato: l'art. 50 c.p. nella prospettiva, costituzionalmente orientata, dell'offesa "valida". – 3.1. I diritti della persona: la "rivoluzione costituzionale". – 3.2. La persona offesa e l'offesa "di valore". – 3.2.1. Offensività: il livello strutturale che segue la tipicità. – 3.2.2. Art. 50 c.p.: l'Offesa compensata dal Valore. – 3.2.3.Il Valore dell'Offesa nella dimensione della minore età. – 4. La compensazione dell'offesa penale: due casi classici e paradigmatici, tra questioni problematiche e soluzioni ragionevoli. – 4.1. La "personalizzazione" dell'attività sportiva. – 4.2. La dignità dell'esistenza umana. – 4.2.1. Percorsi giurisprudenziali e punti di intersezione con l'Offesa di Valore. – 4.2.2. L'operatività del principio della compensazione dell'offesa penale.

1. Decisioni della Vittima, tutela della Vittima: osservatorio sul sistema penale italiano integrato dalla Cedu.

Questione penale dell'epoca contemporanea, di trasversale rilievo – etico, morale, politico, sociale, giuridico – quella sulle decisioni di fine vita assume un impatto verticale nell'ordinamento italiano col calare di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo che dividono animi ed opinioni: l'osservatorio sul ruolo della Vittima è da qui stimolato a concentrarsi sul peso strutturale che le scelte del soggetto passivo assumono nella fisionomia dell'illecito penale, al cospetto di "frammenti" del pensiero giuridico estratto dalla Convenzione EDU che indiziano la maturazione di una sensibilità diversa da quella dicotomica, di aristotelico rigore, della disponibilità/indisponibilità della vita, destinata ad essere recepita e gestita dal contesto assiologico dei singoli ordinamenti penali.

Editore Luca Santa Maria | Direttore Responsabile Francesco Viganò (cc) BY-NC-ND 2010-2014 Diritto Penale Contemporaneo

In quest'ottica il richiamo alla sentenza Gross[1] diventa di "epocale" rilievo, ivi affrontandosi un tema di peculiare modernità: il caso verte su una vicenda di suicidio assistito, scelta di una persona *compos sui* non affetta da alcuna malattia terminale di porre fine alla propria vita, che richiede assistenza medica attraverso la somministrazione di una sostanza letale. L'individuazione del parametro convenzionale, la cui violazione vagliarsi, nell'art. 8 Cedu, ha sin da subito implicato[2] l'accendersi del dibattito attorno al diritto al rispetto della vita privata, e alla sua "tolleranza" quanto a legittime interferenze finalizzate alla tutela di uno dei contro interessi menzionati nel § 2 dell'art. 8, esattamente dei diritti di terze persone.

Una recente svolta concettuale, che affonda in questo tralatizio pensiero, si segna già col caso Koch c. Germania[3]. La Corte EDU ha affrontato l'analisi di una fattispecie riguardante una paziente tetraplegica e totalmente dipendente dall'ausilio di un respiratore, non terminale avendo una aspettativa di vita di una quindicina di anni, la quale aveva chiesto all'autorità amministrativa tedesca la somministrazione di farmaci idonei a procurarsi la morte senza soffrire. Di fronte al rifiuto oppostole dall'autorità amministrativa, la donna si era recata in Svizzera, dove era stata aiutata a morire in una clinica privata. La Corte europea ha affermato innovativamente come dall'art. 8 discenda quanto meno il diritto dell'individuo a che la propria richiesta relativa all'esecuzione di una decisione di fine vita venga esaminata nel merito dagli organi giurisdizionali interni, alla luce dei criteri desumibili dallo stesso art. 8. Nel caso di specie, dunque, la violazione dell'art. 8 Cedu risiedeva proprio nel non avere la giurisdizione nazionale esaminato nel merito il ricorso contro il diniego dei barbiturici da parte dell'autorità amministrativa, ricorso che legittimamente era stato proposto dal marito della donna dopo la morte di questa.

La sentenza Gross ha proseguito questo percorso di approfondimento evolutivo: la ricorrente, una cittadina svizzera di ottant'anni, non riuscendo ad accettare il decadimento delle proprie capacità fisiche e mentali legato all'invecchiamento, decide di porre fine alla sua vita. Fallisce un primo tentativo di suicidio, e sceglie allora di ricorrere a una sostanza letale, il pentobarbital di sodio, per evitare di fallire ancora.

La legislazione elvetica, il diritto vivente, e le linee guida mediche regolamentano la materia di somministrazione di sostanze letali e assistenza al suicidio in termini così sintetizzabili: il codice penale svizzero incrimina l'omicidio del consenziente e l'aiuto al suicidio se ed in quanto tali fatti siano commessi per motivi esecrabili, non compassionevoli ovvero per motivi egoistici; il diritto vivente applica questo dato normativo orientandosi ad escludere dall'ambito della incriminabilità la somministrazione di farmaci idonei a cagionare la morte sulla base di una regolare prescrizione medica; il codice deontologico sanitario, vale a dire le linee guida dell'Accademia Svizzera delle Scienze Mediche (A.S.S.M.), individua le condizioni a

[1] C. eur. dir. uomo, 14 maggio 2013, Gross c. Svizzera, in *Dir. pen. cont.*, 6 giugno 2013.
[2] Fin dal *leading case* C. eur. dir. uomo, 29 aprile 2002, Pretty c. Regno Unito, ric. n. 2346/02.
[3] C. eur. dir. uomo, 19 luglio 2012, Koch c. Germania, in *Dir. Pen. cont.*, 19 febbraio 2013.

fronte delle quali il personale medico può effettuare la prescrizione, ammettendo la possibilità per questi di aiutare il suicidio dei pazienti nella fase terminale della loro malattia – e quindi anche di prescrivere la somministrazione di sostanze letali – quando la sofferenza sia diventata intollerabile, e il malato esprima una volontà in tal senso.

La signora Gross – dopo aver ottenuto risposta negativa da diversi medici, che non le prescrivono la sostanza poiché non soffre di alcuna malattia, e giudicate legittime queste scelte dall'autorità giudiziaria elvetica – si rivolge alla Corte europea, lamentando una violazione dell'art. 8 Cedu.

I giudici europei declinano la complessità del ragionamento ribadendo che il diritto di un individuo di scegliere a che punto e in che modo porre fine alla propria vita sia uno degli aspetti del diritto al rispetto della vita privata garantito dall'art. 8 Cedu; limitazioni a questo diritto, qualora lo Stato ritenga che sussista una delle esigenze previste dal § 2 dell'art. 8 Cedu, devono essere previste dagli Stati in modo chiaro e comprensibile.

Ora, i Giudici di Strasburgo avvertono come nell'ordinamento svizzero manchino – le richieste e necessarie – chiare e comprensibili linee guida di fonte legale: con ciò si attesta violato il diritto garantito alla ricorrente dall'art. 8 Cedu. E avvalendosi del principio di sussidiarietà – in base al quale sono anzitutto gli ordinamenti nazionali a dover stabilire le condizioni alle quali i diritti convenzionali possono essere goduti – la Corte non decide se, nel caso di specie, la ricorrente avesse o meno diritto a ottenere la sostanza. Sul margine di questa discrezionalità nazionale si spende tuttavia il ragionamento – diametralmente opposto – seguito da tre giudici nella loro *dissenting opinion*: le condizioni richieste dall'ordinamento svizzero per la prescrizione di una sostanza letale sono sufficientemente chiare. Non v'è allora violazione dell'art. 8 Cedu: la normativa statale si dimostra in piena armonia con il margine d'apprezzamento che la giurisprudenza convenzionale riconosce agli Stati in una materia – quale quella del fine vita – sulla quale non c'è *consensus* tra gli Stati aderenti alla Convenzione. In estratto: è conforme alla Cedu la normativa che non riconosca tale diritto a soggetti che non siano in una fase terminale della loro malattia.

Voltando pagina, si apre un più generale spazio di approfondimento, in cui far maturare queste considerazioni e la portata assiologica che vi è sottesa: la tematica – delimitato l'osservatorio al panorama del sistema penale italiano – è quella del ruolo delle decisioni della vittima nella costruzione del reato.

2. I "tre gradi" di rilievo penale del consenso del titolare del diritto, secondo la dogmatica tradizionale – a) Il consenso nelle singole fattispecie criminose: Fattore di Tipicità, negativo o positivo – b) Il consenso nella struttura generale del reato: l'art. 50 c.p. come Causa di Giustificazione – c) Il consenso dell'avente diritto come parte di una autonoma e complessa Situazione Scriminante (l'esercizio del diritto "altrui").

L'art. 50 c.p. dispone che «non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto col consenso della persona che può validamente disporne», ed introduce così a livello di scrittura normativa una disposizione, sconosciuta a gran parte dei codici vigenti, che traduce il principio già espresso nel Digesto secondo cui *volenti non fit iniuria*. A fronte di una certa qual auto evidenza di tale principio, il consenso dell'avente diritto pone davanti a molteplici problemi, sia per quanto attiene al suo fondamento, cioè alle ragioni della liceità del fatto commesso in sua presenza, sia per quanto attiene alla sua natura giuridica – potendosi ben dubitare che il consenso dell'avente diritto costituisca davvero una causa di giustificazione – sia, infine, per quanto attiene ai suoi caratteri strutturanti[4].

In direzione del dubbio orienta *prima facie* proprio il ventaglio di livelli sui quali può rilevare penalmente il consenso, costituendo alternativamente:

– *a) Nelle singole fattispecie criminose: un Fattore di Tipicità, negativo o positivo*, quindi un elemento del fatto tipico, che concorre a fondare in termini positivi la tipicità, come è per il caso dell'usura, ove la vittima acconsente col *pactum* usurario alla corresponsione dei consecutivi e correlati interessi; come è altresì per il caso della truffa che ruota attorno al consenso (viziato) prestato dal truffato, succube dalle astuzie del frodatore; come è per gli atti sessuali descritti dall'art. 609 *quater* c.p. O piuttosto, il consenso costituisce un elemento negativo del fatto tipico: in tal caso il non–dissenso, esplicito o implicito, dell'offeso concorre ad escludere la tipicità del fatto, come è per la violazione di domicilio, l'aggressione sessuale *ex* art. 609 *bis* c.p., la sottrazione di cui alla fattispecie di furto.

– *b) Nella struttura generale del reato: una Causa di Giustificazione ex art. 50 c.p.*, che rende prevalente un "interesse esterno" rispetto a quello vulnerato dal fatto di reato tipico ed offensivo, e pur sempre riconducibile alla vittima;

– *c) Nella struttura generale del reato: parte di una autonoma e complessa Situazione Scriminante* (*l'esercizio del diritto "altrui"*), requisito di una fattispecie scriminante più ampia e complessa, come avviene nelle ipotesi di esercizio di attività rischiose lecite, ove il consenso di per sé non può avere efficacia giustificante eppure concorre come elemento essenziale a integrare le condizioni di liceità dell'esercizio di un'attività (di terzi) per il cui valore sociale si impone una regolamentazione fatta di una serie di discipline e cautele alla cui osservanza è pure subordinata la liceità del suo esercizio

[4] Cfr. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, 368 ss.

(così è per l'esercizio dell'attività medico-chirurgica, per lo svolgimento di una attività sportiva).

Si è detto quindi dell'opinione unanime: il consenso opererebbe condizionando la punibilità su due piani diversi, quale causa di esclusione del fatto tipico, da un lato, e quale causa di esclusione dell'antigiuridicità del fatto, dall'altro. Quale causa di esclusione dello stesso fatto tipico in tutte quelle ipotesi in cui la stessa norma incriminatrice preveda esplicitamente o implicitamente il dissenso del soggetto passivo in termini di elemento costitutivo del reato. In assenza del dissenso, dunque, il fatto tipico non si configurerebbe per mancanza di uno degli elementi costitutivi, operando così entro la dimensione minima dell'interesse tutelato dalla singola fattispecie criminosa, ed impedendo la formazione di un accadimento che finanche in linea generale ed astratta possa avere una immagine corrispondente ad una situazione ragionevolmente offendibile di una situazione di valore umano. D'altro canto, diversamente, il consenso opererebbe come causa di giustificazione, agendo, dunque su di un fatto completo dei suoi elementi costitutivi positivi, ed in questo senso corrispondente alla fattispecie tipica, escludendone tuttavia il connotato dell'antigiuridicità.

Così, per tracciare il fondamento sostanziale della assegnata efficacia esimente, si seguono altrettanti – duplici – percorsi.

Da un canto, si indica la mancanza di interesse dello Stato alla risposta punitiva, conseguente alla rinuncia del titolare del bene stesso alla sua tutela[5]. Tale punto di vista si basa sull'idea di una mancanza di meritevolezza di tutela del bene giuridico rispetto alle aggressioni di soggetti terzi conseguente alla rinuncia alla tutela da parte del titolare del bene stesso. Si dimostra in questa veste capace di adattarsi sia alla logica di una concezione pluralista del fondamento delle cause di giustificazione, per cui "speciale" sarebbe quello *ex* art. 50 c.p.; sia all'ottica del difetto di tipicità. Del resto, una volta fattasi strada una tesi interpretativa che inquadra il bene giuridico individuale come entità composta da due elementi, uno di natura materiale, uno di natura spirituale, ovvero la libertà di autodeterminazione, si è giunti ad affermare che il consenso validamente prestato da parte del titolare del bene escluderebbe lo stesso fatto tipico eliminando il disvalore dell'evento e della condotta[6]. Pure, una simile prospettiva non riesce ragionevolmente a spiegare il discrimine che corre tra l'ipotesi generale dell'art. 50 c.p., così ricostruita, ed i casi, fissati in specifiche fattispecie criminose, la cui tipicità si articola espressamente attraverso il consenso ovvero la mancanza del consenso. Né si riesce con ciò ad abbandonare la questionabile distinzione, entro l'unitaria categoria dei beni individuali, tra i diritti a seconda che risultino qualificabili in termini di disponibilità o indisponibilità: categorie che dimostrano tutta la loro fragilità al confronto con il diritto alla vita, problematicamente

---

[5] ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 250; MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2007, 264.

[6] V. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, *passim*.

considerato come indisponibile alla luce degli artt. 579 e 580 c.p., e con i diritti personalissimi di libertà, destinati a subire più o meno ampie limitazioni di disponibilità in nome della *ratio* che alligna nell'art. 5 c.c.

D'altro canto, si attribuisce invece anche al consenso un fondamento analogo alle altre cause di giustificazione, ricondotto al generale criterio del bilanciamento di interessi. Nel caso del consenso – si annota – si è tuttavia in presenza di una sola persona (titolare di tutti i beni giuridici coinvolti) ed il conflitto tra beni non può che essere conflitto tra beni di una stessa persona; conflitto, infatti, che viene da taluni definito "interno" per distinguerlo da quello "esterno", cioè corrente tra più beni di più soggetti, alla base delle altre situazioni giustificanti[7].

Questa la sintesi. Sembra emergerne la percezione, da parte dell'esegesi scientifica, di una diffusa, ricca, significativa presenza dell'elemento "consenso dell'offeso" entro le dinamiche dell'illiceità penale.

Eppure, l'analisi in ordine alla rilevanza penale da assegnare alla volontà della vittima sembrerebbe tenuta a muoversi da una osservazione antitetica, quella della sua tendenziale indifferenza di principio: tale volontà rimane infatti calata in un contesto pubblicistico, in cui il consenso del singolo sta in subordine al volere statuale, portatore del superiore interesse della collettività, cui – per patto sociale – quello personale deve soggiacere, trovando significato solo se ed ove col primo coincidente, corrispondente ovvero conforme. Ciò nonostante il consenso ha sempre avuto riconosciuto uno spazio nel sistema criminale, storicamente variabile e variato, in relazione alle specifiche forme dello Stato.

Così, negli attuali ordinamenti democratici, soprattutto con l'entrata in vigore delle Costituzioni repubblicane – ove al centro del sistema dei valori sta la persona – si riscontra una tendenza nel senso di una sempre maggiore valorizzazione della libertà di autodeterminazione del soggetto in relazione alla gestione dei propri beni e dei propri diritti personali. Tendenza pienamente rispecchiata nello scenario della Costituzione italiana all'indomani della conclusa esperienza storica del fascismo, alla quale pur si deve, col codice Rocco, la prima introduzione di una disposizione *ad hoc*, l'art. 50 c.p.[8].

Si tratta di norma comunemente inquadrata come espressiva della possibilità per la persona offesa di consentire efficacemente alla lesione del proprio bene, e così di incidere sulla punibilità, negandola, del comportamento criminale da altri commesso, ciò intendendosi una manifestazione della autonomia e della libertà di autodeterminazione dell'individuo.

Si badi del resto come si faccia espresso e tassativo riferimento ad un "diritto della persona", che perimetra l'area operativa della disciplina ai soli diritti individuali e disegna così un binario di peculiare e differenziata rilevanza – rispetto agli altri beni

---

[7] ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1995, 30 ss.; ROMANO, *Art. 50*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 2004, 442; VIGANÒ, *Art. 50*, in *Codice penale commentato*, a cura di Marinucci-Dolcini, Milano, 2006, 508.

[8] Rappresentando uno dei rari esempi di disciplina del consenso dell'avente diritto contenuta nella parte generale di un codice penale.

giuridici penalmente significativi – quanto ai diritti che afferiscono "immediatamente" e direttamente alla persona. La previsione legislativa conferisce quindi veste giuridica ad un istituto i cui limiti rimangono particolarmente «influenzati dall'evoluzione dei valori socio-culturali e soprattutto dal tipo di rapporto che storicamente si instaura tra l'esigenza di dare ampio spazio alla libertà individuale e l'esigenza contrapposta di limitare questa libertà per il soddisfacimento di interessi collettivo-solidaristici»[9]. Tant'è, la norma si è resa aderente già ed anche all'ideologia autoritaria, che segna il primato dello Stato sull'individuo[10].

Si tratta allora di riattualizzare una domanda ancora aperta, circa il ruolo penale del fattore "consenso dell'avente diritto", in un contesto giuridico moderno e globale, in cui il diritto penale si pone come parte di un reticolato internazionale elevato a garanzia di diritti umani fondamentali culturalmente condivisi.

3. Un nuovo ruolo del consenso nella struttura generale del reato: l'art. 50 c.p. nella prospettiva, costituzionalmente orientata, dell'offesa "valida".

3.1. I diritti della persona: la "rivoluzione costituzionale".

Paternalismo, liberalismo, diritto penale diventano così parole-chiave di un ragionamento che si interroga sulla legittimazione di regole che proibiscono l'atto dannoso realizzato rispetto ad un'altra persona con il suo libero consenso[11]. L'alternativa va ben compresa. Secondo l'una ideologia – quella paternalistica – la ragione di un divieto penale si può fondare anche sulla sola necessità di prevenire

---

[9] FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 262.

[10] V. ROCCO, *Relazione al r.d. 19 ottobre 1930, n.1398, approvazione del testo definitivo del codice penale. Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli Rocco*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. IV, parte III, Roma 1931, 16.

[11] Sul tema, recentemente, v. CAVALIERE, *Paternalismo, diritto penale e principi costituzionali: profili di teoria generale*, in *i-lex*, 20, 2013, 421 ss. Nella vasta bibliografia in argomento v. anche FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV, New York-Oxford, 1984-1988; DWORKIN, *Paternalism*, in *The Monist*, 1972, 64 ss.; KLEINIG, *Paternalism*, Totowa, 1984; A.A.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di Fiandaca-Francolini, Torino 2008; TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., 101 ss., 273 ss.; CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, 223 ss.; CANESTRARI-FAENZA, *Paternalismo penale e libertà individuale: incerti equilibri e nuove prospettive nella tutela della persona*, in A.A.VV., *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di Cadoppi, Milano, 2010, 167 ss.; CORNACCHIA, Placing care. *Spunti in tema di paternalismo penale*, in *Criminalia*, 2011, 239 ss.; PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, Napoli 2011, 489 ss.; ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 984 ss.; per una ricostruzione dell'evoluzione del dibattito a partire da John Stuart Mill, cfr. in particolare CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in A.A.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale*, cit., 90 ss.; FRANCOLINI, *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice*, *ibidem*, 7 ss.

un'offesa ("harm") (fisica, psicologica o economica) a sé stesso da parte dell'autore[12]. La "posizione liberale" (sui limiti morali del diritto penale) vuole invece delimitata la ragione dei precetti penali alla sola necessità ed efficacia rispetto alla prevenzione di un'offesa a persone diverse dall'autore"[13].

Nella Costituzione italiana, sia il principio di uguaglianza, siglato come indipendente dalle differenze di opinione, ed altresì dalle differenti condizioni sociali o personali, sia il principio di laicità e pluralismo, sia l'affermazione della libertà e dell'autonomia della persona come diritti fondamentali sono argomenti forti a favore di un liberalismo "laico"[14] e "solidale" e quindi dell'anti-paternalismo.

Vengono difatti specificamente in considerazione, non solo il primato della persona e dei suoi diritti fondamentali (art. 2 Cost.); il richiamo alla sua dignità contenuto all'art. 3; l'inviolabilità della libertà personale sancita all'art. 13; il riconoscimento della salute, *ex* art. 32, quale diritto e non quale dovere, con il conseguente divieto assoluto di trattamenti sanitari obbligatori che violino «i limiti imposti dal rispetto della persona umana» (art. 32, comma 2); i principi del pluralismo e della laicità dello Stato, statuiti dagli artt.7, 8, 19-21; più in generale l'affermazione della pari dignità ed eguaglianza di religioni, opinioni politiche, condizioni personali e sociali, *ex* art. 3, comma 1.

Ma anche il richiamo, nell'art. 2, a «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» e, nell'art. 3, comma 2, al «compito della Repubblica» di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale» alla libertà, all'eguaglianza, al pieno sviluppo della persona ed ai diritti di partecipazione ivi menzionati.

In uno Stato laico così assiologicamente orientato, non è allora compito del diritto penale imporre concezioni morali ai cittadini[15], ma soltanto tutelare i consociati da condotte altrui, offensive – dannose o pericolose – di beni giuridici riferibili ad una o più persone[16].

---

[12] FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. III, *Harm to Self*, New York-Oxford, 1986, xvii; 3 ss., ove vengono distinti diversi significati e specie di paternalismo.

[13] FEINBERG, *The Moral Limits*, cit., xvi-xvii.

[14] Sul fondamento costituzionale del principio di laicità, cfr. nella letteratura penalistica CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, Torino 2012, 8 ss.; PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 55 s.; in generale, su laicità e diritto penale, cfr. A.A.VV., *Laicità, valori e diritto penale*, a cura di Balbi-Esposito,Torino, 2011; A.A.VV., *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, a cura di Canestrari-Stortoni, Bologna 2009; A.A.VV., *Laicità, valori e diritto penale*. *The Moral Limits of the Criminal Law*, cit.; DOLCINI, *Laicità, 'sana laicità' e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1017 ss.; FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, vol. I, Milano 1991, 165 ss.; MANTOVANI, *Problemi della laicità nell'esperienza giuridico-penale*, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, vol. I, Bari 1994, 519 ss.; MOCCIA, *Bioetica o "biodiritto"?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 863 ss.; ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 477 ss.; STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in A.A.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Marinucci-Dolcini, Milano 1985, 309 ss.; sui nessi tra pluralismo ed antipaternalismo, v. spec. CANESTRARI-FAENZA, *Paternalismo penale e libertà individuale*, cit., 180 s.

[15] ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York 1973, 12.

[16] CAVALIERE, *Paternalismo, diritto penale*, cit., 424.

La "rivoluzione" portata dal costituzionalismo entro la sistematica penale capovolge dunque – idealmente – l'ordine c.d. decrescente dei beni giuridici cui la codificazione dei primi del Novecento ha assegnato protezione penale, importando altresì, rispetto a quelli superindividuali, una revisione interpretativa che ne spiega il significato e lo spessore non più in senso meramente astratto ed ideale (così per l'ordine pubblico, la sicurezza, l'economia pubblica, la pubblica incolumità etc.) – in fin dei conti "prove di obbedienza" all'autorità statuale – ma in una ottica di materiale ed afferrabile bene strumentale a garantire una dimensione di libertà della persona.

Il primato costituzionale dei diritti fondamentali dell'individuo comporta in sostanza l'esclusione della sacrificabilità di tali diritti ad interessi statuali; quella sacrificabilità affermata, al contrario, in ordinamenti orientati ad un utilitarismo collettivistico, di tipo autoritario, ivi "decisa" dall'*humus* dei valori dominanti che discernono (in senso restrittivo) gli "interessi validamente disponibili" da parte del singolo rispetto a quelli indisponibili.

Così, la formula della "valida disposizione" contenuta nell'art. 50 c.p., al tempo della codificazione si è prestata ad una lettura esimente a seconda del diritto "alla cui offesa potersi acconsentire", inteso come interesse validamente gestibile dalla persona–titolare in termini di piena ed esclusiva autonomia: categoria dalla quale rimanevano esclusi un fitto novero di beni personali, ciò piegandosi esattamente agli obiettivi del sistema politico e giuridico del tempo.

Più in dettaglio.

Dalla osservata "concezione personale-costituzionale" del "moderno" bene giuridico deriva come i beni superindividuali vadano visti nel loro nesso inscindibile con la persona; quindi, "funzionalizzati" alla persona stessa. Si tratta del procedimento opposto a quello seguito nel codice Rocco, che tende a vederli e volerli tutelati nella misura in cui ciò sia funzionale ad interessi statuali, ovvero, e per l'inverso, li "funzionalizza" alla tutela di beni superindividuali, fino a procedere alla già citata pubblicizzazione artificiale degli oggetti della tutela. Per effetto di tale pubblicizzazione artificiale (ancora si pensi a beni giuridici quali l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, l'economia pubblica, la moralità pubblica, l'integrità della stirpe) non solo il dato letterale del codice penale ha sancito la punibilità di condotte inidonee ad offendere in modo empiricamente verificabile beni, ma l'esegesi dogmatica e giurisprudenziale ha altresì destinato alla sottrazione rispetto alla disponibilità del titolare di ogni bene giuridico inteso, appunto, come superindividuale[17]. Basti considerare le norme in tema di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), e di istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.), in rapporto alle quali, per giustificare l'indisponibilità del bene vita, se ne veniva affermando la portata anche statuale[18].

Oggi, e già "ieri", i principi costituzionali – secondo avvedute letture – scriverebbero di contro l'opzione fondamentale per cui alla persona non possono essere imposte dall'esterno le sue scelte esistenziali, fintanto che la sua condotta non

---

[17] CAVALIERE, *Paternalismo, diritto penale*, cit., 426 ss.

[18] V. Corte cost., 11 luglio 1991, n. 333, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 293.

offenda beni di altri consociati. Ciò significherebbe che il fondamentale diritto dell'autonomia della persona rimanga travolto e violato quando la persona stessa venga assoggettata a decisioni "non libere" perché etero dirette, in altre parole "altrui", e segnatamente, autoritative, fondate su ciò che gli Altri – l'opinione comune e maggioritaria – ritengano essere il suo "vero bene". Così, in taluni casi la dignità umana viene intesa come componente dell'ordine pubblico, principio assoluto che deve essere rispettato anche dal suo titolare in quanto sovraordinato ad altre libertà fondamentali[19]

In questa prospettiva, «L'unico motivo per cui il potere può essere legittimamente esercitato su qualsiasi membro della comunità civilizzata, è quello di prevenire un danno agli altri (*harm to others*). Il bene dell'individuo, sia fisico sia morale, non costituisce una giustificazione sufficiente dell'interferenza. Un individuo non può essere costretto o impedito a fare qualcosa per il fatto che ciò sarebbe meglio per lui, o perché ciò lo renderebbe più felice, oppure perché agire così, almeno secondo l'opinione degli altri, sarebbe saggio e persino giusto […]. Il solo aspetto della condotta per cui si è responsabili di fronte alla società è quello che concerne gli altri. Per la parte che riguarda solo se stesso, l'indipendenza dell'individuo è, di diritto, assoluta. Su se stesso, sul proprio corpo e sulla propria mente l'individuo è sovrano»[20].

In tal senso, il concetto, di per sé ambivalente, di dignità umana, impiegabile sia per fondare l'autonomia della persona, sia, al contrario, per negarla alla luce di superiori doveri morali dell'essere umano[21], andrebbe univocamente nella direzione di rendere non conforme a Costituzione l'imposizione ad un individuo, nelle sue scelte esistenziali, di una certa concezione morale, per quanto dominante, perché considerata l'unica "degna"[22]. Sembrerebbe allinearsi a questa ideologia la tutela costituzionale della salute individuale, per come definita dall'art. 32, comma 1, Cost. nei termini di diritto e non di dovere, e protetta – giusto il secondo comma – dal divieto di trattamenti sanitari obbligatori contrastanti con il rispetto della persona. In questo senso, allora, andrebbe pure considerato il richiamo agli artt. 2, 3, 13, 32 Cost., che nella nota sentenza Welby, resa in tema di eutanasia[23], conducono ad affermare il diritto del

---

[19] V. C. eur. dir. uomo, 16 ottobre 1996, Manuel Wackenheim c. Francia, ric. n. 29961/96. Sul tema LEVINET, *Dignité contre dignité. L'epilogue de l'affaire du "lancer de nains" devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2003, 1031 ss. Sul concetto di dignità, quale limite oggettivo ed invalicabile alla libertà individuale in quanto sinonimo di moralità pubblica, o come elemento della libertà dell'individuo, garanzia della sua autodeterminazione, v. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato*, Torino, 2001, 3 ss., 232 ss.

[20] Ciò corrisponde alla concezione 'liberale' elaborata da STUART MILL, *Sulla libertà* (1859), trad. it. della 4ª ed. con testo originale a fronte, Milano, 2010, 55.

[21] Sul punto cfr. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e "post-secolarismo"*, in A.A.VV., *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, cit., 342 ss.; HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2005, 129 ss.

[22] Nello stesso senso CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, cit., 105.

[23] Trib. Roma, 23 luglio 2007, n. 2049, R., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 437 ss.; cfr. Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2007, I, 3025 ss., relativa al caso Englaro; in argomento v. spec. CANESTRARI-FAENZA, *Paternalismo penale e libertà individuale*, cit., 180 ss.; DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, 902 ss.; SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e*

paziente-vittima di rifiutare le cure decidendo con ciò di morire e, corrispondentemente, la non punibilità del medico che interrompa un trattamento salvavita con il consenso del paziente[24].

Allo specchio, vanno certo osservati i principi di solidarietà e di eguaglianza sostanziale, che assegnano rispettivamente a consociati ed istituzioni pubbliche il compito di: garantire condizioni effettive di libertà e di autonomia della persona; di intervenire per affrontare e superare stati personali, economici e sociali di disagio; di fornire aiuto – e non di imporlo coattivamente – a persone in siffatte difficoltà[25].

3.2. La persona offesa e l'offesa "di valore".

Come recepire nell'interpretazione ed applicazione delle disposizioni penali vigenti queste direttive, non solo costituzionali ma anche europee ed internazionali – per tutte le norme valga il richiamo agli artt. 2 e 3 Cedu – è la questione che si intende affrontare. E che si appresta a trovare soluzione alla luce di una esegesi dell'art. 50 c.p. – per l'appunto – costituzionalmente orientata, nel cui svolgersi non può non essere valorizzato un peculiare dato linguistico letterale: ivi non si scrive di un "consenso validamente prestato da chi ha diritto di disporre del bene"[26], leso o messo in pericolo, ma sta sancita una formulazione sintetica – conforme alla tecnica espressiva adottata nella parte generale del codice – che inquadra la persona – il cui consenso ha efficacia esimente – come chi "può validamente disporne".

Pare allora adottabile una interpretazione evolutiva della norma che la "validità" dell'atto di disposizione "valuta" rispetto alla lesione o messa in pericolo del bene giuridico, quanto a dire che oggetto della disposizione è l'offesa dell'interesse personale, nel senso che essa offesa risulta "negoziabile" – attraverso una apposita manifestazione di volontà (in tal senso) prestata dal titolare – in quanto alla stessa sia attribuibile un "valore", da parte del membro del consesso civile e quind'anche dall'ordinamento giuridico vigente che quel valore fa proprio, riconoscendolo e garantendolo.

L'art. 50 c.p. diventa così "principio normativo di sutura", capace di riflettere una prospettiva sinottica, e cioè di lettura del codice penale attraverso il filtro delle

---

sul caso Welby: una prima lettura, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1561; VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, *ibidem*, 5 ss.

[24] V. FEINBERG, *op. ult. cit.*, 12 ss.; in proposito v. pure CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, cit., 93-94; cfr. in senso analogo CANESTRARI-FAENZA, *Paternalismo penale e libertà individuale*, cit., 185; FRANCOLINI, *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale*, cit., 5, nota 11; ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, cit., 987 s.

[25] CAVALIERE, *Paternalismo, diritto penale*, cit., 431 ss.

[26] V. art. 39 del codice penale sammarinese, Libro I, titolo III, capitolo IV (Le cause di giustificazione) - Consenso dell'avente diritto: «Non è punibile chi lede o pone in pericolo un bene col consenso validamente manifestato dalla persona che ha il diritto di disporne.
Il consenso non è valido se è estorto con violenza ovvero dato per errore facilmente riconoscibile, ottenuto con inganno o manifestato da persona minore degli anni diciotto o incapace d'intendere e volere».

disposizioni della Costituzione, e di "fondere" le due – anzidette – antitetiche visioni, quella "personalistica", che l'individuo intende proteso a realizzare il proprio interesse, e quella – diremmo – del "funzionalismo sociale"[27], per cui alle persone devesi guardare anche come "agency", «ossia nella loro capacità "di dar forma a obiettivi, impegni, valori"». «Compito del diritto penale diverrebbe allora quello di recare un contributo a che si sia in grado di sviluppare le proprie potenzialità umane nelle forme dell'organizzazione sociale», concludendosi che «l'uomo realizza le proprie potenzialità nel modo più significativo proprio nel processo attraverso il quale giunge a sviluppare tali risorse e capacità, rendendosi un membro funzionante e partecipe della comunità»[28].

Entrambe le impostazioni, anche quella paternalistica – pure se in versione "ragionevolmente tenue" – in fin dei conti appartengono sia alla dimensione costituzionale che a quella della codificazione penale. La prima dimensione in effetti lascia soggiacere la volontà individuale a quella autoritativa nel momento in cui disegna il singolo come parte della collettività, la cui salute ad esempio egli è chiamato a non mettere in pericolo, e con ciò è coartato nel disporre del proprio corpo sottoponendosi ad esempio a vaccinazioni obbligatorie per talune malattie infettive: il comma 2 dell'art. 32 fa difatti salva la liceità di quei (soli) trattamenti sanitari qualificati come obbligatori, e con ciò volti a tutelare in primo luogo e necessariamente se stessi, in secondo luogo ed eventualmente terzi da situazioni di pericolosità (così, di contagio)[29]. Il codice penale riflette questo stesso orientamento di paternalismo "soft" nella tipizzazione – che segna già "indizio" di disvalore" penale – di fatti criminali articolati anche sul consenso dell'offeso: per tutti i richiami valga ancora quello all'omicidio del consenziente.

In questo scenario matura l'osservazione del disposto dell'art. 50 c.p. nei panni di codificatore (in effetti "recettore" costituzionale) di un ulteriore connotato dell'offesa penalmente rilevante, che non solo si ha da dimostrare (attualmente) tipica e reale – rispettivamente secondo le direttrici di cui all'art. 49, commi 1 e 2, c.p. – ma anche si deve qualificare come "offesa invalida" per il soggetto passivo, con ciò pur sempre rimanendosi nella fondamentale ed assestata logica di principio dell'"offensività sociale" quale sfondo e pregnante componente di tutta la sistematica criminale.

Le origini del diritto penale moderno e del costituzionalismo penale lasciano difatti assistere all'emersione del principio che vuole ancorato il disvalore del reato alla presenza di un requisito di effettiva dannosità sociale del reato, il cui parametro va

---

[27] Cfr. FORTI, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, in AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale*, cit., 72 s.

[28] FORTI, *op. ult. cit.*, 80.

[29] Cfr. VINCENZI AMATO, *Art. 32 comma 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Roma-Bologna, 1976, 170 ss.

calibrato su valori sociali-culturali, in quanto contenuto non costruito artificialmente in via legislativa bensì "trovato" preesistente nella c.d. coscienza e sensibilità sociale[30].

Indiscusso, difatti, che compito primario del diritto penale sia quello di tutelare beni giuridici[31], offesi in senso oggettivo, in corrispondenza allo storico concetto di danno criminale[32].

Il bene giuridico rappresenta invero, come noto, l'interesse individuale o sociale che viene leso o posto in pericolo dalla condotta tipica, distinto perciò dal disvalore dell'inosservanza in sé considerata: in negativo vale ad escludere dall'ambito di rilievo penale tutte quelle condotte che non siano offensive – lesive o seriamente pericolose – per beni giuridici di rango costituzionale e si manifestino invece come meri comportamenti inosservanti o violazioni di specifici doveri; in positivo conferisce caratteri necessari all'oggetto della tutela penale, alla stregua dei principi di materialità e offensività, di colpevolezza, di laicità[33].

3.2.1. Offensività: il livello strutturale che segue la tipicità.

È del resto pensiero di chi scrive che sia differenziabile – e debba essere differenziato – il ruolo assunto nel sistema da tipicità e offensività, sulla scorta degli eterogenei portati normativi degli artt. 49, commi 1 e 2, e 56, comma 1, c.p.[34].

L'obiezione concettuale più diffusa, rispetto a questa soluzione, sconta invero l'idea che l'offensività del fatto sia un carattere proprio della tipicità, per cui la mancanza della prima rende l'accadimento non corrispondente ai tratti tipici. Idea superabile osservando: su di un lato la tipicità penale del fatto, ove la descrizione normativa seleziona come rilevante un certo comportamento in quanto vicenda umana al cui apparire si accompagna d'ordinario un particolare e correlato significato offensivo, il cui accertamento opera in senso generale ed astratto e quindi *ex ante*; sull'altro lato l'offensività reale del fatto, già appurato come tipico, alla cui verifica procedere in concreto ed *ex post* per trovare effettiva conferma del disvalore che la legge penale ha immaginato implicato nella cornice umana di cui si discute.

Assunta questa impostazione, va riscritto il campo di contesa tra le due "storiche" concezioni del c.d. reato impossibile.

---

[30] Sul principio di dannosità sociale v. MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1979, 61; cfr. sul punto ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, München, 2006, 54.

[31] Al riguardo si rinvia ai fondamentali contributi di BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, 7 ss.; DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 140 ss.; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, 74 ss., 129 ss.

[32] DONINI, *op. ult. cit.*, 197 ss.

[33] Per un vasto e recente approfondimento sul tema del bene giuridico, v. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *questa Rivista*, n. 4, 2013, 4 ss.

[34] Sia consentito rinviare a FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa. Desistenza volontaria e genesi del disvalore penale*, Torino, 2009, *passim*.

Tradizionalmente si sostiene che la norma *ex* art. 49, comma 2, c.p., nel momento in cui sancisce la non punibilità in caso di inidoneità dell'azione o di inesistenza del suo oggetto, non rappresenti altro che un rovescio negativo della disposizione sul tentativo – a sua volta prescrittiva dell'idoneità degli atti – sottratta all'accusa di superfluità per effetto della previsione della applicabilità della misura di sicurezza a carico dell'imputato prosciolto che si sia tuttavia dimostrato socialmente pericoloso[35].

La contrapposta soluzione assegna invece alla disposizione – ove si scrive di "inidoneità dell'azione" – una funzione "di sistema": sulla scorta della c.d. concezione realistica del reato[36] si ritiene qua trascritto il principio di necessaria offensività dell'illecito penale, che preclude la positiva ricostruzione di una fattispecie concreta di reato quando l'accadimento, pur astrattamente conforme a quello descritto dalla norma incriminatrice (consumata), risulti in concreto inoffensivo rispetto al bene giuridico tutelato[37].

Quest'ultima interpretazione trae spunto dalle differenze normative che corrono tra il dettato del comma 1 dell'art. 56 c.p. ed il capoverso dell'art. 49 c.p. – didascalicamente, il richiamo a nozioni di "atti", "evento in senso naturalistico" e "delitto" non identificabili in quelle di "azione", "evento in senso giuridico" e "reato" – capaci di allontanare il campo operativo degli istituti, come del resto indizia la distanza topografica assegnatagli dal codice.

Una simile concezione alternativa del reato impossibile, che si sviluppa dalla presupposta esistenza di fatti inoffensivi conformi al tipo consumato, sebbene ampiamente avversata[38] ha in ultimo trovato un certo accoglimento in dottrina e nella giurisprudenza di legittimità[39], sfociando nella affermata necessità di verificare l'esistenza di un disvalore tangibile – *id est*, un'offesa di pericolo o di danno – in ogni

---

[35] V. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 421.

[36] La tesi qui discussa - c.d. concezione realistica del reato - risale come noto a GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1951-1952, 272 ss. Approfondita in particolare da NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, l'impostazione è stata seguita anche da altri autorevoli giuristi, v. per tutti C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959; BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 72 ss. La teoria è stata sottoposta a critica da parte di quanti ritengono l'idoneità dell'azione *ex* art. 49 c.p. non esprimere altro che il contenuto tipico delle diverse fattispecie, così come il legislatore le ha costruite ritenendole incorporare l'offesa, cfr. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 3 ss.

[37] Nella vastità della letteratura in argomento, per un approfondimento delle ragioni di questa impostazione si rinvia a NEPPI MODONA, *Reato impossibile*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1996, 259 ss.; GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. III, *Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2003, 92 ss.; CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Napoli, 2004.

[38] Per tutti, si vedano le notazioni critiche di STELLA, *La teoria del bene giuridico*, cit., 20; MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1223.

[39] Cfr. Cass., sez. I, 15 maggio 1989, Lungaro, in *Cass. pen.*, 1991, 572 ss., con nota di CASTELLANI, *L'art. 49 c.p. tra tentativo e reato impossibile*; Trib. Roma, 2 maggio 2000, Ostensi, *ivi*, 2001, 2532 ss., con nota di GROSSO, *Proscioglimento per furto di cose di valore particolarmente esiguo*, cit., 2535 ss. Più recentemente, v. Cass., sez. un., 24 aprile 2008, Di Salvia, in *Cass. pen.*, 2008, 4503; Cass., sez. IV, 28 ottobre 2008, Nicoletti, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1529.

episodio incriminato. Si tratta di una sensibilità giuridica moderna, che scinde le sorti del reato impossibile da quelle del tentativo, spronando a riapprezzare l'effettivo significato di questa distinzione.

Si è detto di una tipicità come componente del reato che si configura a sé stante rispetto all'offesa. La prima descrive del resto una situazione fenomenica, dotata quindi di una "forma storica" che la renda una entità dotata di apparenza percepibile tramite la sensorialità umana, punto di partenza per iniziare a vedere la "vera realtà" penalistica della vicenda concretizzatasi, in tutte le sue sfaccettature, fornendo spunti, indizi, che necessitano di apposite conferme quanto alla reale offensività, antigiuridicità, colpevolezza.

In breve, la situazione che dalla struttura tipica si desume rimane pur sempre fissata in una accezione statica, idonea a "fermare" un modello ed al contempo incapace di scontare quella specificità della dimensione storica che invece emerge, in prima battuta, in sede di concreta valutazione della lesività[40].

L'idea di una distinzione tra aspetto descrittivo e profilo valutativo del fatto di reato, che comporti una differente cronologia del relativo accertamento e di poi una diversificazione della risposta penale a fronte dell'assenza dell'uno o dell'altro versante, appare d'altronde puntualmente codificata. Nella consecuzione tra i primi due commi dell'art. 49 c.p., nella divaricazione che la norma prospetta tra la non assoggettabilità a pena derivante dalla commissione di un reato putativo e la sanzionabilità confezionata invece in risposta ad un reato impossibile scorre e si articola, esattamente, il passaggio tra tipo ed offesa[41]. Esso segue un preciso ordine logico e temporale, e per un canto nega la concepibilità di una risposta punitiva in relazione a fatti – ancorché dotati di una certa, "sostanziale", carica offensiva – non conformi al tipo (che rimane solo putativo *ex* art. 49, comma 1, c.p.[42]), per l'altro stabilisce una peculiare reazione rieducativa a fronte di fatti tipici non effettivamente lesivi dell'interesse tutelato[43]. L'assenza del *solo* requisito oggettivo dell'offesa – *quando, per la inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso*, *ex* art. 49, comma 2, c.p. – non esclude dunque fini di garanzia diversi da quelli serviti dalla pena, e sostanziabili nella misura di sicurezza, proprio per essere già stata accertata l'integrazione di una ipotesi tipica, e quindi rilevato un fatto che coincide "in apparenza" con il disvalore "immaginato" nella fattispecie astratta.

Facendo tesoro della descritta separazione tra tipo ed offesa pare dunque proponibile una segmentazione tra l'istituto del tentativo, da cui estrarre la *tipizzazione* di un fatto altrimenti "atipico", perché carente quanto ad integrazione di tutti gli

---

[40] Argomentazione sviluppata da BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 7 ss.

[41] Per l'approfondimento di questa prospettiva si rinvia a FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa. Desistenza volontaria e genesi del disvalore penale*, cit., in part. 59 ss., 71 ss., 74 ss.

[42] Sul tema del reato putativo PIACENZA, *Reato putativo*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1967, 1003 ss.; SERIANNI, *Reato impossibile e reato putativo*, in *Enc. giur.*, vol. XXVI, Roma, 1991, 1 s.; PETRINI, *Reato putativo*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, Torino, 1996, 348 ss.

[43] V. RUSSO, *Il problema della idoneità nel delitto tentato*, in *Giust. pen.*, 1971, II, 383.

estremi propri della fattispecie delittuosa di forma consumata; e l'istituto del reato impossibile, ove invece e per l'appunto cogliere la regolamentazione dettata per un fatto rivelatosi *non offensivo* dell'interesse tutelato sebbene totalmente conforme al tipo[44], *rectius*, a qualsiasi forma tipica, tentata o consumata e in tal caso di danno come di pericolo[45].

In questa prospettiva non si tarda allora ad assegnare una natura normativa autonoma a ciascuno dei requisiti di idoneità ed inidoneità attributi rispettivamente della condotta tentata e del reato "impossibile". Ad una immediata lettura questi sembrano porsi in un rapporto di speculare similitudine, e testimoni del fatto che l'idoneità del tentativo – nei cangianti panni ora della possibilità ora della probabilità[46] – si presti a servire la direttrice della necessaria offensività pure in mancanza di perfezionamento del delitto[47]. Ma a guardar meglio essi trovano una eterogenea collocazione: l'uno, l'*idoneità degli atti*, concorre alla determinazione del tipo "presente" del delitto tentato, in particolare rapportandolo al "futuro" del fatto consumato, l'altro, l'*idoneità dell'azione* (non impossibile), implica l'accertamento della verificazione dell'offesa dell'interesse tutelato, secondo un giudizio di lesività che assume a riferimento il "genere" di disvalore vietato a mente dell'astratta previsione legislativa.

3.2.2. Art. 50 c.p.: l'Offesa compensata dal Valore.

Ciò posto, l'art. 50 c.p. – non a caso collocato immediatamente dopo l'art. 49 c.p. – parrebbe scrivere, secondo l'idea avanzata in questo scritto, un *quid pluris* che logicamente segue l'accertata realtà dell'offesa penale, pretendendo la riconsiderazione di quell'offesa entro una visuale complessiva, la cui angolatura assuma a punto di riferimento la persona che l'offesa subisce.

---

[44] Cfr., con riguardo alla tematica del c.d. falso innocuo, DE MARSICO, *Falsità in atti*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, 582; S. FIORE, Ratio *della tutela e oggetto dell'aggressione nella sistematica dei reati di falso*, Napoli, 2000, 112 s.

[45] Per una schematica riproposizione del vasto dibattito suscitato dall'affermarsi di un principio di necessaria lesività dell'illecito penale a fronte della previsione di reati di pericolo, si vedano le argomentazioni di C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1994, 275 ss.; MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 326 ss.; FERRARA, *Riflessioni in tema di offensività in concreto*, in *Giur. cost.*, 2000, IV, 3071 s.; CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., in part. 1427 ss.

[46] Per la definizione di idoneità come possibilità, cfr. C. FIORE, *Il reato impossibile*, cit., 112 s.; ALEO, *Il danno e il pericolo nel reato*, Catania, 1983, 151; ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 1994, 257 ss. Quanto al significato probabilistico della idoneità, v. CONTENTO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, II, Roma-Bari, 1996, 421 s.; GIACONA, *Il concetto d'idoneità nella struttura del delitto tentato*, Torino, 2000, 113 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 415 s.

[47] Per il generale affidamento alla nozione in esame del compito di garantire l'effettiva offensività della condotta tentata v. SEMINARA, *Contro una configurabilità "causale" del tentativo*, in *Leg. pen.*, 2002, 918; GIACONA, *Il tentativo tra passato e futuro*, *ibidem*, 923; DE FRANCESCO, *L'enigma del tentativo: vicende sistematiche ed interrogativi politico-criminali*, *ibidem*, 928.

Se l'offesa risulta difatti "compensata" dal "valore" che essa stessa possa esprimere per l'individuo (che con ciò la consente), allora l'ordinamento la considera completamente annullata, e preclude quindi ogni punibilità dell'agente che il fatto tipico e realmente offensivo abbia commesso trovandosi al cospetto del consenso dell'avente diritto, in quanto alfine dimostratosi strumento per l'applicazione reale di un valore umano primario, protetto dai fondamenti di diritto del consesso civile storicizzato.

"Chi può validamente disporne" va allora tradotto non semplicemente nel titolare del diritto offeso ma piuttosto in chi "possa disporre" della lesione o messa in pericolo di quell'interesse, di chi possa disporre della "situazione offensiva" al proprio diritto, in quanto lesione o messa in pericolo che "abbia un valore", per esso in quanto vittima. Validamente disponibile significa quindi che l'offesa è valutabile dal soggetto-vittima come valore, che ne possa disporre come un suo "bene", situazione di fatto o giuridica arricchente il proprio patrimonio giuridico, quale "uomo del suo tempo".

La non punibilità che ne discende, *ex* art. 50 c.p., scrive dunque – secondo questa impostazione – un ulteriore ed indefettibile carattere dell'offesa penale eletta a fattore costituente del reato, che dopo essere stata vagliata come attualmente tipica e reale, non deve risultare attestabile come una Offesa che sia di per sé un Valore (di pari rilevanza costituzionale) per il soggetto offeso; ciò, alla stregua pur sempre di una considerazione "oggettiva", di valore condiviso nel panorama socio-culturale storicamente determinato.

Non si tratta pertanto di un bilanciamento tra due interessi distinti, ovvero, non si tratta di quel giudizio di proporzione tra due realtà di interesse-bene giuridico ciascuna dotata di una propria individualità, titolarità e sfera applicativa, che l'ordinamento valuta in equivalenza ovvero subvalenza tanto da privare di reazione/tutela penale quello concretamente offeso. Un simile rapporto viene a pesarsi nella successiva sede dell'antigiuridicità, la cui analisi e considerazione interviene, per l'appunto, solo una volta apprezzato un fatto tipico ed offensivo. Del resto, proprio la diversità dei piani giuridici rispettivamente occupati dal dettato dell'art. 50 c.p. e dalle cause di giustificazione codificate negli artt. 51 ss. riesce a spiegare il mancato richiamo al "consenso dell'avente diritto" nella disciplina dell'eccesso colposo *ex* art. 55 c.p.

Si tratta piuttosto di una più lata "compensazione" tra l'offesa al bene giuridico ed il valore umano (interesse) di pari rilievo costituzionale che si specchia in quella offesa.

La ragionevole adeguatezza dell'intervento penale si bilancia così dall'interno dell'ente-reato: una offesa, ancorchè tipica, è effettivamente da criminalizzare ammettendo all'applicazione della sanzione penale il suo autore a condizione che essa di per sé non esprima un valore per la persona interessata. Meglio: non esprima un valore che possa compensare – ed annullare – l'esistenza di un reale attacco all'interesse, alfine non risultando in essa osservabile una oggettiva dannosità sociale.

La centralità della persona umana, nella complessità e globalità delle sue dimensioni – fisica e morale, individuale e sociale, personale e patrimoniale – plasma quindi l'offensività penale dando al disvalore la levatura di proporzionata e sussidiaria gravità solo se è tale al netto della "totale" offesa subita dalla vittima.

La struttura di un simile principio – al tempo della sua scrittura senz'altro potente strumento della "cultura di regime", che voleva il singolo piegato all'utilitarismo collettivistico – si adegua così, oggi, ad una visione costituzionale del diritto penale, dimostrandosi quindi conforme ai principi consacrati nel testo fondamentale.

Al contempo, con questa struttura il principio si dimostra applicabile anche alle fattispecie che conteggiano il consenso come elemento costitutivo: qui, il consenso svolge il ruolo di manifestazione di volontà adesiva alla realizzazione di un certo fatto tipico, quindi ad una certa dinamica comportamentale, cui consegua – ove lo pretenda la norma – un dato risultato naturalistico. Diventa quindi elemento che contribuisce a descrivere l'apparenza fenomenica di una immagine generale ed astratta di vicenda umana che, in termini altrettanto generali ed astratti, è suscettibile di impattare negativamente contro il bene giuridico protetto.

Di volta in volta, toccherà poi portarsi sul successivo livello dell'offensività, ove apprezzare le singole e specifiche pieghe "umane" dell'accadimento concreto: si tratterà di verificare l'effettività reale di questa offesa "pensata dal Legislatore" (*ex* art. 49, comma 2, c.p.) e la sua mancanza di valore per l'uomo-soggetto passivo (*ex* art. 50 c.p.), potendo "eccezionalmente" evidenziarsi una discrasia tra i due piani strutturali del reato – *sic*, tipo ed offesa –, sì da farne mancare la sussistenza.

È chiaro infatti – ancora una volta prendendo ad esempio la casistica dell'omicidio del consenziente – che taluni casi di eutanasia finiscano per rimanere filtrati da questo schema di principio, e quindi lasciati fuori dall'area criminale, di contro confermandosi l'indizio di disvalore espresso dal genere di episodi *ex* art. 579 c.p. ove la certezza della irreversibilità della fine della vita non abbia a sfondo la prospettiva certa di una sopravvivenza priva di "dignità umana".

Tanto vale non solo a negare in assoluto la punibilità penale, con pena o con misura di sicurezza (come discende dal tenore dell'art. 50 c.p.), salvo altrimenti consentire una contraddizione interna al sistema. Si badi difatti come si abbia a che fare con un avvenimento che concretizza un valore umano primario: punirlo lederebbe tanto il principio della doverosa solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., tanto il principio di ragionevolezza *ex* art. 3 Cost.

Vale anche a radicare la configurazione della tipicità che, permanendo visibile, e quindi attestando come "il fatto [di reato] sussiste", lascia accedere alla formula assolutoria "perché il fatto non costituisce reato", e alle conseguenze sul piano civilistico (segnatamente, risarcitorio) che alla stessa formula sono suscettibili di legarsi.

Per l'inverso, ogni qual volta sia il dissenso a fondare la tipicità, si avrà lettura di una anticipazione "strutturale" del principio in questione dalla dimensione dell'offesa a quella già del piano fenomenico generale ed astratto.

Si fanno così proprie, reinquadrandole entro l'impianto penale, le istanze di attualizzazione e modernizzazione dei diritti umani di emersione costituzionale, già in trasparenza nella decisione del G.u.p. di Roma che ha prosciolto in data 23 luglio 2007 il dott. Riccio dall'accusa di omicidio del consenziente riscontrando l'esistenza del diritto del paziente a rifiutare il trattamento e il correlativo dovere del medico a

rispettare tale diritto[48]. E puntualmente trascritte pure nella sentenza della Cassazione civile che si è pronunciata sulla vicenda di Eluana Englaro, riconducendo la scelta di sospendere un trattamento sanitario al diritto costituzionale di rifiutare le cure e dunque al diritto di autodeterminazione terapeutica. Si stabilisce il principio secondo il quale ove il malato giaccia da moltissimi anni in stato vegetativo permanente, su istanza del tutore che lo rappresenta e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice possa autorizzare la disattivazione del presidio sanitario "salvavita", sulla base della volontà del paziente «tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero della sua personalità, … unicamente in presenza dei seguenti presupposti: a) quando la condizione di stato vegetativo permanente sia … irreversibile; b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, dalla voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona». Il soggetto che versa in stato vegetativo permanente è secondo la Corte «a tutti gli effetti, persona in senso pieno, che deve essere rispettata e tutelata nei suoi diritti fondamentali, a partire dal diritto alla vita e dal diritto alle prestazioni sanitarie, a maggior ragione perché in condizioni di estrema debolezza e non in grado di provvedere autonomamente»[49].

La valida disposizione dell'offesa, che trasporta il fatto tipico fuori dei confini penali per mancanza di offensività, si traduce quindi nella gestione dell'offesa come proprio – personale, della vittima – "valore fondamentale", riconoscibile in quanto tale dall'ordinamento che si fonda su quegli stessi dettami costituzionali che danno forma all'offesa penale, nel tradizionale senso di offesa ad un bene giuridico di rilievo costituzionale. In altri termini: l'offesa, per essere esclusa dall'area proporzionata e sussidiaria della punibilità penale costituzionalizzata – deve integrare, in sé e per chi la subisce, un valore giuridico primario, così come pare inquadrabile la protezione della propria dignità e della propria qualità di vita (salute in senso moderno) a fronte di situazioni cliniche irreversibilmente "disumanizzanti"; mentre non pare ad oggi emergere un valore di siffatta levatura nella gestione, foss'anche della propria libertà e personalità individuale, attraverso l'utilizzo/assunzione di sostanze stupefacenti/psicotrope. Si delinea così un potente e rigoroso discrimine tra offese c.d. disponibili ed offese c.d. non disponibili, che segue l'elaborazione culturale dei beni giuridici penalmente rilevanti, e per questo risulta saldabile ad un parametro oggettivo-materiale ragionevolmente certo.

---

[48] Vedi DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, 902 ss.; VICECONTE, *Il diritto di rifiutare le cure: un diritto costituzionale non tutelato? Riflessioni a margine di una discussa decisione del giudice civile sul "caso Welby"*, in *Giur. cost.*, 2007, 2359 ss.; VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace?*, cit., 5.

[49] Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007 n. 21748, cit.

3.2.3. Il Valore dell'Offesa nella dimensione della minore età.

L'offesa "valida" – "valutabile" in quanto dotata di oggettivo valore umano – deve peraltro risultare oggetto di una espressione comportamentale che significhi volontà, decisione di disposizione: deve essere difatti – specifica l'art. 50 c.p. – *oggetto di consenso*.

L'ordinamento (penale e costituzionale in particolare, ma si badi anche al sistema civilistico) vuole difatti garantire che i singoli atti di disposizione dei propri beni siano realmente espressione di libertà ed autonomia personale, di quella libertà ed autonomia che spetta alla persona in quanto tale: in tal senso vanno ricordati e ripensati i classici limiti richiamati nell'interpretazione dell'art. 50 c.p. in relazione ad età, capacità e legittimazione del consenziente ed all'assenza di violenza, errore ed inganno.

La considerazione dell'età dell'offeso consenziente acquisisce peraltro, in quest'ottica, un più esatto ruolo nel riconoscimento della spettanza o meno di un "valore umano" oggettivamente valutabile in questi termini, e quind'anche negoziabile: valga l'esempio della libertà di espressione della propria sessualità invocata da un soggetto di anni dieci, e l'osservazione conclusiva per cui questo valore si desume non consolidato nell'odierno sistema dei diritti fondamentali, posta la complessiva immaturità psico-fisica ascrivibile a tale soggetto.

Parrebbe invece potersi diversamente concludere in taluni altri casi, ove si ravvisi espressa nel rapporto di specie la personalità del minore, nella sua dimensione interiore, psico-fisica e morale, nella sua maturazione psicologica ovvero nella sua dimensione sociale, afferente cioè agli aspetti relazionali.

Sul punto il comma 3 dell'articolo 609 *quater* c.p. stabilisce che se un minore ultraquattordicenne compie, al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 609-*bis*, atti sessuali con un minore che abbia compiuto i tredici anni, egli non è punibile purché la differenza d'età fra i minori non sia superiore a tre anni[50]. L'irrilevanza penale "per atipicità" degli atti sessuali tra minorenni è senz'altro da considerarsi una soluzione compromissoria rispetto alle contrapposte tesi della liberalizzazione dei rapporti sessuali fra minori e della protezione ad oltranza della inviolabilità sessuale degli stessi; così si manifesta un seppur parziale riconoscimento del diritto dei minori alla sessualità[51], suscettibile di trovare emersione (piuttosto che a livello di atipicità) sul piano dell'"offesa di valore" a seconda della singolare specificità del rapporto tra tredicenne e diciassettenne (con valutazione della individuale personalità e maturità di ciascuno dei partner).

A tal proposito è opportuno ricordare che la previgente disciplina limitava notevolmente la libertà sessuale dei minori, dato che l'abrogato art. 530 puniva chiunque – al di fuori dei casi previsti dagli artt. 519, 520 e 521 – compisse atti di

[50] RUSSO, *Art. 609-quater c.p.*, in *Codice ipertestuale della famiglia*, a cura di Bonilini-Confortini, Torino, 2008, 2007.

[51] Sul tema v. SPAGNOLO, *La problematica dei rapporti sessuali con minori e tra minori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 78.

libidine su persona minore di sedici anni non già moralmente corrotta. Con la novella del 1996 il legislatore ha ampliato l'area delle condotte lecite in materia sessuale, consentendo ai minori di manifestare maggiormente la propria sessualità. Sì da consentire l'affermazione di una più lata espressione di libertà individuale *rectius* libertà sessuale riconosciuta ed "apprezzata" con riguardo ai minorenni.

D'altro canto, il processo di verifica dell'esistenza del "consenso" sarà sempre da integrarsi con una valutazione di "vera" libertà morale, alla luce di assenza di minaccia, di costrizione psichica per la sussistenza di condizioni esterne di "bisogno", personali o economiche, che rendano "inesigibile" il dissenso.

La notazione trasporta l'osservazione nel parallelo campo di incriminazione posto a tutela della personalità individuale e sessuale del minore di età (meglio, teso a salvaguardare lo sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale del minore e, dunque, a proteggere la formazione dell'intera sua personalità, da gravi fatti di sfruttamento sessuale): quello che coinvolge le fattispecie delittuose *ex* artt. 600 *ter* e *quater* c.p.

Vero che il consenso dell'avente diritto non è un elemento che il legislatore ha inserito nella dimensione tipica delle fattispecie incriminatrici in richiamo; si tratta allora di vagliare la disponibilità del bene oggetto della tutela penale.

«Ed allora, nel nostro caso, il bene è disponibile o non disponibile? Non è agevole rispondere, proprio perché, in alcune ipotesi, il bene tutelato non si riesce ad afferrare. Ma anche se si riflette […] sullo «sviluppo fisico, psicologico, spirituale morale e sociale» del minore, pare davvero curioso che una ragazza di diciassette anni e mezzo possa compiere atti sessuali con qualsiasi partner (tutore o genitore compreso), i quali godono di una evidente impunità rispetto a tali fatti, ma non possa acconsentire a farsi fotografare sfacciatamente nuda dall'innamorato, magari di propria ed esclusiva iniziativa, perché tale fatto, secondo il nostro legislatore, è presuntivamente offensivo del suo percorso di maturazione personale. Ed anzi, il povero innamorato rischia da 6 a 12 anni di galera!»[52].

Orbene, secondo la maggior parte della dottrina il consenso del minore non riveste mai alcuna funzione esimente rispetto ai delitti di pornografia minorile[53]. Taluno attribuisce tuttavia una limitata rilevanza al consenso dei minori, benché nella consapevolezza delle difficoltà di un accoglimento in sede giurisprudenziale, al fine di evitare una violazione del principio di ragionevolezza[54].

Si badi, peraltro, come nella versione primigenia della norma esistesse l'importante filtro selettivo costituito dalla necessità – quale elemento strutturale della tipicità – di uno «sfruttamento sessuale dei minori» rappresentati, il che poteva

---

[52] PETRINI, *La tutela del buon costume*, in *Dir. dell'informaz. e dell'inf.*, 2011, 451 s.

[53] IZZO, *Norme contro la pedofilia*, Napoli, 1998, 31 s.; SANTORO, *Mano pesante sul turismo sessuale infantile*, in *Guida dir.*, 1998, n. 33, 47; B. ROMANO, *La tutela penale della sfera sessuale*, Milano, 2000, 162.

[54] CADOPPI, *Commento art. 600 ter, I e II comma*, in *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, a cura di Cadoppi, Padova, 2006, 149 s.

limitarne l'applicabilità escludendo la punibilità delle ipotesi bagatellari[55], e quindi, a rigore, taluna casistica in cui il minore, sessualmente maturo, lungi dall'essere assoggettato all'altrui volontà criminale, risultasse pienamente consapevole e volontario "attore" della vicenda avente come protagonisti esclusivamente minori.

Non a caso, il legislatore nel d.d.l. di iniziativa governativa n. 4599, presentato alla Camera il 13 gennaio 2004, che ha portato all'approvazione della legge di riforma n. 38/2006, al momento di sostituire la nozione di "sfruttamento" con quella di "utilizzazione" dei minori, aveva opportunamente previsto di introdurre con l'art. 600-*quater*.3 una causa di non punibilità per il minore che produca materiale pornografico "utilizzando minori", quando questo materiale venga dallo stesso detenuto, ritragga un minore che abbia raggiunto l'età del consenso sessuale e sia rimasto nell'esclusiva disponibilità dei soli soggetti minori rappresentati. In tal modo si voleva opportunamente evitare la criminalizzazione della pornografia privata. La causa di non punibilità fu soppressa: si tratta dunque di comprendere se ora la sfera di punibilità per simili reati venga ad includere anche la produzione da parte di minori di materiale pornografico destinato esclusivamente ad uso privato e ritraente minori consenzienti[56].

Ci si è chiesti: a seguito della modifica risulta punibile il ragazzino minorenne che fotografa nuda la partner di 15/16 anni, e poi, quando la storia d'amore finisce male, divulga questo materiale, magari per vendetta o per astio mal sopito?

Una risalente pronuncia del Tribunale dei minori di Perugia[57] aveva dato risposta negativa.

Decisiva nel reindirizzare verso l'opposta soluzione si è posta invece una pronuncia del Giudice di legittimità[58], secondo la quale la nuova norma «nel suo complesso mira a sanzionare non soltanto le attività commerciali o comunque a sfondo economico che si relazionano a condotte pornografiche coinvolgenti minori, ma anche le condotte che comunque danno origine a materiale pornografico in cui sono utilizzate persone minori di età».

La questione appena prospettata richiama dunque il problema della rilevanza del consenso, in modo particolare di un minore tra 14 e 18 anni, a farsi ritrarre in pose pornografiche. La medesima sentenza, infatti, con riferimento alla trasmissione di una videoripresa di contenuto pornografico a più persone attraverso il telefono cellulare, in altro passo afferma che «la scelta del legislatore del 1998 [è stata] di non attribuire rilievo né al consenso eventualmente prestato della persona minore di età né al limite di 14 anni previsto in materia di atti sessuali».

---

[55] CADOPPI, *L'assenza delle cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni*, in *Guida dir.*, 2006, n. 9, 37 s.

[56] V. DEL SIGNORE, *Pornografia minorile*, in *I reati contro la persona*, diretto da Cadoppi-Canestrari-Papa, III, *Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di Cadoppi, Torino, 2006, 421; DI GIOVINE, *Art. 600-ter*, in *Codice penale*, a cura di Padovani, Milano, 2007, 3611.

[57] Trib. Perugia, 31 dicembre 2003, in *Giur. merito*, 2004, 1168.

[58] Cass., sez. III, 5 giugno 2007, A.G., n. 27252, in *Guida dir.*, 2007, n. 34, 55 s.

Pari considerazioni sembrano valere per le fattispecie previste dall'art. 600 *quater* c.p.: si intende punibile anche il minore, che si procuri o detenga materiale pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto. Ciò vale anche nel caso in cui sia lo stesso minore detentore del materiale pornografico ad essere rappresentato insieme ad altro minore.

Ancora una volta, il legislatore nel progetto di riforma legislativa n. 4599, poi sfociato nella l. 6 febbraio 2006, n. 38 si era premurato di promuovere l'introduzione, con l'art. 600-*quater*.3, di una causa di non punibilità valevole anche per il sopraddetto reato, e segnatamente per il minore che producesse materiale pornografico "utilizzando minori", nel caso in cui: questo materiale venisse dallo stesso detenuto; ritraesse un minore che avesse raggiunto l'età del consenso sessuale; fosse rimasto nell'esclusiva disponibilità dei soli soggetti minori rappresentati[59].

L'intento era di escludere "espressamente" la punibilità della detenzione riguardante la c.d. "pornografia intima", quantomeno se posta in essere da minori.

Il legislatore del 2006 ha tuttavia eliminato, in sede di approvazione definitiva della legge, tale causa esimente (in senso lato). Questa scelta, accompagnata dall'eliminazione del filtro selettivo rappresentato dalla nozione di "sfruttamento", ha convinto della attuale punibilità anche della semplice detenzione da parte di minori di materiale pornografico destinato esclusivamente ad uso privato e ritraente minori consenzienti.

Eppure, a ben leggere lo snodarsi della motivazione della richiamata pronuncia della sez. III della Corte di Cassazione, ci si avvede di una netta apertura verso l'accoglimento di casi "impuniti" afferenti alla dimensione dei rapporti inframinorenni, che proprio all'insegna del principio di compensabilità dell'Offesa tramite il suo Valore – nel caso e per la vittima di specie – ben paiono "legittimati".

Spetterà difatti – vi si legge – «al giudizio di merito analizzare i singoli episodi e verificarne approfonditamente le caratteristiche, ma la Corte non può fare a meno di rilevare che sembra fuori dubbio che in più occasioni la persona offesa si trovò (anche prescindendo dalle modalità con cui tale situazione fu determinata) in luoghi pubblici appartati avendo attorno a sé un numero consistente di giovani, tutti di sesso maschile, che insistentemente le chiedevano di praticare rapporti sessuali e che si erano dati appuntamento e quindi organizzati per evitare il sopraggiungere di estranei. E tale constatazione ha evidenti riflessi anche sulla valutazione del reato ex art. 600 - *ter* c.p., come contestato a A.G. Spetterà sempre al giudizio di merito verificare quali livelli di pressione ambientale e quali margini di libera determinazione abbia conosciuto una giovane di neppure quattordici anni all'interno di una realtà socialmente ristretta in cui si era sparsa (a torto o ragione) la voce che fosse una ragazzina "disponibile", ma la Corte non può fare a meno di rilevare – con osservazione che riverbera effetti sui motivi di ricorso – che le azioni "collettive" poste in essere dagli indagati appaiono

[59] Si noti che Corti canadesi e statunitensi sono intervenute per dichiarare incostituzionali norme che punivano simili condotte, v in proposito BIANCHI - DEL SIGNORE, *Detenzione di materiale pornografico*, in *I reati contro la persona*, cit., 503 ss.

oggettivamente degradanti nei confronti della persona offesa e dimostrano l'assoluta frattura fra i rapporti sessuali e qualsiasi coinvolgimento di tipo affettivo – sentimentale, così riducendo la giovane a mero strumento di piacere, esibito e condiviso, con modalità di azione di cui qualunque giovane è oggi in grado di apprezzare il significato sociale e personale, fatti salvi gli approfondimenti che il giudizio di merito effettuerà sui singoli indagati. Sarà, dunque, compito del giudizio di merito verificare quale apporto di consapevole volontà (alla luce del livello di maturità personale che sarà accertato) la giovane abbia dato al verificarsi di questa situazione nelle sue linee generali e nei singoli episodi che la compongono».

Ad intendimento della Cassazione la sostituzione del verbo "sfruttare" con il verbo "utilizzare", *segno inequivoco della volontà del legislatore di ampliare la sfera della tutela penale, assume il senso di identificare la condotta attiva del reato nel fare uso di una persona che si trova oppure è messa in condizioni di non dare un proprio apporto volontario, vuoi per mancanza di comprensione vuoi per incapacità di resistere, così che essa diventa per l'agente un mero strumento (privo di personalità autonoma) per il raggiungimento delle finalità che suo tramite intende soddisfare*[60].

Queste affermazioni sono state peraltro ulteriormente approfondite, in primo luogo considerando che la mancata previsione da parte dell'art. 600 *ter* c.p., di una clausola di salvaguardia simile a quella conteggiata nell'ambito del delitto *ex* art. 609 *quater* c.p. imposta una differenza di regime che risponde ad una logica convincente: mentre per i rapporti sessuali, che rappresentano in sé una fisiologica espressione della personalità, il legislatore ha inteso evitare l'intervento penale in caso di rapporti tra due minori che presentano, già alla stregua di una generale – in astratto – valutazione, condizioni personali simili, del tutto diversa è la situazione in caso di condotte che – in genere – presuppongono non solo una offesa alla dignità del minore coinvolto in realizzazioni pornografiche ma anche una evidente situazione di sproporzione nella posizione di forza dei soggetti coinvolti.

Salvo – qui si annota – potersi ravvisare gli estremi di un valore dell'offesa del caso – e del minore – concreto che valga a "sopprimere" il disvalore tipico prodottosi rispetto alla sessualità e personalità del soggetto passivo: con ciò si intende questi un minore (vittima) da considerarsi psicologicamente maturo e liberamente consapevole del suo atteggiamento, che si sia così posto in rapporto con altro minore (agente-reo) con cui vivere una situazione "proporzionata".

In ultimo.

---

[60] Scrive ancora la Corte in motivazione: «Il risultato è una norma che nel suo complesso mira a sanzionare non soltanto le attività commerciali o comunque a sfondo economico che si relazionano a condotte pornografiche coinvolgenti minori, ma anche le condotte che comunque danno origine a materiale pornografico in cui sono utilizzate persone minori di età. Già sotto la vigenza della l. n. 269 del 1998, le Sezioni Unite (Sezioni Unite Penali, 31 maggio - 5 luglio 2000, n. 13, P.M. in proc. Bove, RV. 216337) avevano chiarito che il concetto di "sfruttamento non può essere limitato a condotte aventi finalità imprenditoriale o commerciale e ricomprende ogni ipotesi in cui si "trae frutto o utile", come dimostrerebbe l'espressione "sfruttamento sessuale" prevista dal testo allora vigente del successivo comma 4».

L'art. 50 c.p. ha la capacità di atteggiarsi a principio generale oggettivo, che non qualifica il consenso in sé ma il suo oggetto, e che al pari del principio di realtà dell'offesa si erige a cruciale strumento di costante adeguamento del diritto penale alla modernità dei valori umani fondamentali, una clausola in fin dei conti di adattamento automatico alle dinamiche socio-culturali che attraversano la collettività storicamente intesa.

4. La compensazione dell'offesa penale: due casi classici e paradigmatici, tra questioni problematiche e soluzioni ragionevoli.

Assunta questa prospettiva dell'indagine, il "consenso" diventa dunque esteriore atto di disposizione del Valore in cui l'offesa consiste, espressione di quella volontà di compensazione dell'offesa reale arrecata al bene giuridico che l'ordinamento attende per confermare la riconoscibilità oggettiva di un diritto umano. Il consenso si chiarisce così come dotato di una precisa identità materiale: è comportamento che oggettivamente (per fatti concludenti o tramite comprensibili formulazioni linguistiche) esprime la *rinuncia al diritto a non essere aggredito dall'altro*.

Così, a seguire questa proposta impostazione, si disperdono le voci di discussione insorte sotto più profili della tradizionale ricostruzione esegetica dell'art. 50 c.p. In particolare ne discende il definitivo scollegamento dalla ambigua tri-articolazione tra diritti disponibili, indisponibili e limitatamente disponibili, ed il riconoscimento di una operatività dell'art. 5 c.c. («Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati, quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume») limitata ai confini della sistematica civilistica, entro la quale il disposto, del resto, "nasce" codificato. Peraltro, questa prospettiva esegetica si dimostra in linea (tendenziale) con la recente interpretazione dottrinale volta comunque a ridimensionare la portata dell'art. 5 c.c., proprio in riferimento alle difficoltà con cui oggi la regola in esso contenuta si concilia con i valori costituzionali ed in particolare con la libertà di autodeterminazione terapeutica[61]. Ci si orienta così a ritenere applicabile l'art. 5 c.c. solo agli atti negoziali ad effetti obbligatori, al fine di evitare che il corpo umano possa formare oggetto di diritti altrui, in un'ottica non di indisponibilità, ma di extrapatrimonialità del corpo umano nel rispetto della libertà di auotodeterminazione del singolo individuo, in coerenza con le scelte effettuate a livello europeo ed internazionale a partire dalla Convenzione di Oviedo sulla Biomedicina del 1997, fino alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2001[62].

---

[61] V. già ROMBOLI, *Art. 5 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1988, 229.

[62] V. BESSONE-FERRANDO, *Persona fisica* (*dir. priv.*), in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983, 200 ss.; MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, 64 ss.; RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità* (*note a margine della carta dei diritti*), in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 807 ss.; TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione*, cit., 229 ss.

Ciò conduce a rimettere in discussione la stessa consueta perimetrazione della categoria dei c.d. *diritti disponibili*, con le connesse problematiche insorte sulla riferibilità di siffatto concetto ai diritti personali, alla luce del parametro – maggiormente utilizzato – che si incentra sulla esistenza di un interesse alla tutela del diritto da parte dello Stato, così da renderlo non disponibile, nel senso di sottratto alla libera disposizione del singolo titolare[63]. In assenza di un tale interesse, il diritto è catalogato con l'opposta etichetta di disponibilità[64]; secondo altra opinione, ciò risulta nella misura in cui la rinuncia alla loro tutela non contrasti con un interesse collettivo costituzionalmente rilevante[65].

L'esposta ripartizione crolla – letteralmente – col venire ad ancorare l'ambito operativo dell'istituto *ex* art. 50 c.p. ad una offensività di Valore per la persona umana che l'offesa accetta.

Con questo parametro si tacita pure il dibattito quanto alla riferibilità del "consenso" ai delitti colposi – infine positivamente attestata – che la giurisprudenza dominante esclude. Da tempo in effetti si è sostenuto come per un efficace consenso sia sufficiente l'adesione alla condotta pericolosa e sia ultroneo richiedere la volontà dell'evento lesivo, necessaria, invece, in riferimento ai reati dolosi di evento. Superata, infatti, la tesi che individuava la natura del consenso in un accordo, inteso come incontro di due volontà – tesi che portava inevitabilmente ad escludere l'applicabilità della scriminante ai delitti colposi – si è negata la stessa necessità che il consenziente voglia il fatto lesivo a suo danno dato che «il fatto si svolge al di fuori del suo raggio di azione», richiedendo, tuttavia, almeno, una accettazione del rischio di verificazione dello stesso[66]. Pure, non convince una simile argomentazione, che solo nel campo dei reati colposi si diriga, per cercare il consenso "scriminante", contro il dettato normativo, inquadrando l'oggetto del consenso non più nel fatto lesivo o nel fatto pericoloso ma nel rischio del loro rispettivo verificarsi.

Infine, lo si è detto, la questione dell'età del disponente – tradizionalmente lasciata alla fumosa formula della capacità a consentire, da accertarsi in concreto – viene a ricondursi propriamente e coerentemente entro questo seminato, servendo a parametro indicatore dell'esistenza o meno di un Valore dell'uomo[67].

---

[63] GROSSO, *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Roma, 1988, 1 ss.; PEDRAZZI, *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, 140 ss.

[64] DELOGU, *Teoria del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1936, 219.

[65] FIANDACA, *Artt. 50-58 bis*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di Crespi-Stella-Zuccalà, Padova, 2003, 224; ROMANO, *Art. 50*, cit., 451; PALAZZO, *Persona* (*delitti contro*), in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983, 312.

[66] BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in *Scritti di diritto penale*, a cura di Canestrari-Melchionda, Milano, 1997, vol. I., t. I, 67; GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, *La fattispecie*, Padova, 1993, 310; PEDRAZZI, *Consenso dell'avente diritto*, cit., 150 ss.; FIANDACA, *Artt. 50-58 bis*, cit, 227.

[67] V. BERTOLINO, *La minore età dalla parte della vittima*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di Dolcini-Paliero, vol. I, Milano, 2006, 846; CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 527; VALSECCHI, *Gli effetti giuridici del consenso del minore nel diritto penale. In particolare: il consenso del minore al trattamento medico*, in *Cass. pen.*, 2008, 1584.

4.1. La "personalizzazione" dell'attività sportiva.

Discendere sul campo di specifiche sfere di attività consente di verificare coerenza ed effettività applicativa della soluzione esegetica proposta.

Il primo passaggio di verifica corre attraverso la tematica della non punibilità degli eventi lesivi che si verifichino nell'ambito delle attività sportive, sia necessariamente violente (es. boxe), sia eventualmente violente (es. il calcio).

In somma sintesi. Gran parte della dottrina fa riferimento – per fondare l'assenza di intervento penale – ad una scriminante non codificata[68]; o piuttosto radica la liceità delle attività sportive violente conformi alle regole del gioco nell'art. 51 c.p., in quanto attività autorizzate dallo stesso ordinamento, lasciando residuare uno spazio per fare ricorso alla scriminante del consenso dell'avente diritto in riferimento a quelle attività prive di un riconoscimento statale, seppure nei limiti dell'art. 5 c.c.[69]. Quanti, d'altro canto, in dottrina[70] e giurisprudenza[71], ammettono l'efficacia esimente del consenso dell'avente diritto, limitano una siffatta efficacia entro i limiti di disponibilità del diritto all'integrità fisica desunti dall'art. 5 c.c.[72], ed a condizione dell'essersi svolta l'attività sportiva di specie nel rispetto delle regole del gioco[73].

La giurisprudenza, dal canto suo, fa per lo più riferimento ad una generica «scriminante dell'attività sportiva (comunque la si voglia qualificare: vuoi come causa di giustificazione atipica e non codificata ... vuoi richiamando quelle comuni del consenso dell'avente diritto ovvero dell'esercizio di un diritto)», precisando che in ogni caso ha efficacia solo in riferimento ai rapporti tra partecipanti all'attività sportiva e

---

[68] PEDRAZZI, *Consenso dell'avente diritto*, cit., 144.

[69] V. ALBEGGIANI, *Sport (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, 550; FIANDACA, *Artt. 50-58 bis*, cit., 228; MANTOVANI, *Esercizio di un diritto* (*dir. penale*), in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano, 1966, 647; DE FRANCESCO, *La violenza sportiva e i suoi limiti scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen*. 1983, 588.

[70] Tra gli altri, DELOGU, *La teoria del delitto sportivo*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1932, 1297; NOCCIOLI, *Le lesioni sportive nell'ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. sport.*, 1953, 261; PAOLUCCI, *La responsabilità penale nell'esercizio dello Sport*, in *Riv. pen.*, 1962, 599; MARINI, *Violenza sportiva*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XX, Torino, 1975, 987; RIZ, *Il consenso dell'avente diritto: lo sport*, Padova, 1979, 245; DE CUPIS, *Integrità fisica (diritto alla)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVII, Roma, 1989, 4; secondo PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2002, 145, il fondamento di liceità degli eventi lesivi può fondarsi sull'art. 50 c.p. limitatamente ai danni che non eccedano l'art. 5 c.c.; i casi di diminuzioni permanenti dell'integrità fisica andrebbero invece ricondotti alla scriminante dell'esercizio di un diritto prevista dall'art. 51 c.p., purché ricorrenti le seguenti condizioni: a) la competizione si svolga sotto l'egida delle organizzazioni sportive preposte: b) i partecipanti siano stati previamente riconosciuti idonei alla gara da un punto di vista sanitario; c) l'attività che ha causato l'evento sia stata rispettosa delle regole del gioco.

[71] Tra le altre, Cass., sez. V, 30 aprile 1992, n. 9627, Lolli, in *Cass. pen.*, 1993, 1002; Trib. civ. Monza, 22 luglio 1997, in *Riv. dir. sport.*, 1997, 758; Trib. civ. Aosta, 21 maggio 1997, in *Guida dir.*, 2000, n. 18, 81.

[72] In senso critico VIGANÒ, *Art. 50*, cit., 530, che pone in evidenza come l'atleta non accetti affatto il rischio di morte o di menomazione permanente, ma i modesti pregiudizi che possano normalmente scaturire dalle condotte inserite nel contesto di gioco.

[73] *Contra*, vedi tuttavia VIGANÒ, *op. ult. loc. cit.*, secondo il quale l'eventualità di alcune violazioni del regolamento non può non essere messa in conto dallo sportivo quale rischio normale. Nello stesso senso ALBEGGIANI, *Sport*, cit., 552; DE FRANCESCO, *op. cit.*, 599.

non rispetto ad un soggetto estraneo[74]. D'altronde, l'avvertita operatività scriminante si considera svanire in tutti quei casi in cui si verifica il superamento della soglia del c.d. rischio consentito in quanto si ponga volontariamente in pericolo l'incolumità degli altri partecipanti, con comportamenti che violano il dovere di lealtà sportiva[75]. Per l'effetto, l'azione antidoverosa del calciatore che colpisce l'avversario fratturandogli il setto nasale nel momento in cui l'arbitro sta assegnando un calcio di punizione, dunque a gioco fermo, non è considerata scriminata in quanto non funzionale alla attività agonistica, ed appalesantesi come una mera aggressione del tutto indipendente dalla dinamica del gioco[76].

Ancora. L'operatività della scriminante in questione si lima ritenendosi essa fondata «in virtù di una consuetudine integrativa della legge penale, riconosciuta dalla legge penale con l'art. 50 c.p., che autorizza a disporre della propria integrità personale per giochi sportivi»[77]. In buona sostanza, la partecipazione alle competizioni sportive comporterebbe implicitamente l'accettazione dei rischi alla propria integrità fisica connessi a tale tipo di attività e, dunque, anche il consenso alle condotte violente necessariamente od eventualmente poste in essere dall'avversario durante la gara, purché nel rispetto delle regole del gioco[78].

Ancora si precisa come la scriminante del consenso dell'avente diritto non potrebbe comunque operare in presenza di eventi lesivi particolarmente gravi che dovessero comportare l'invalidità permanente o la morte della vittima, dato che l'art. 579 c.p. punisce l'omicidio del consenziente e l'art. 5 c. c. vieta atti di disposizione del proprio corpo che cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica[79].

All'obiezione fondata sul disposto dell'art. 5 c.c., da un canto si replica che nel campo dell'attività sportiva andrebbe riconosciuto un più ampio àmbito operativo al principio di disponibilità in deroga parziale all'art. 5 c.c.[80] e che l'individuazione dei

---

[74] Cass., sez. IV, 27 maggio 2003, n. 34613, Zanon, in *Guida dir.*, 2003, n. 42, 75.

[75] Così Cass., sez. IV, 24 settembre 2003, n. 39204, in *Riv. pen.*, 2004, 194; Cass., sez. IV, 27 marzo 2001, n. 24942, in *Riv. pen.*, 2001, 727.

[76] Cass., sez. V, 7 febbraio 2008, n. 10734, Pietrogiacomi, in *Ced. Cass.*, n. 239475; già Cass., sez. V, 21 settembre 2005, n. 45210, Mancioppi, *ivi*, n. 232723.

[77] DELOGU, *La teoria*, cit., 1306; negli stessi termini, sostanzialmente, anche la Relazione Ministeriale al codice penale, in *Lavori preparatori al codice penale e di procedura penale*, vol. I, Roma, 1929, 23, ove così ci si esprime: «…nel nostro ordinamento (che - appena occorre avvertirlo – comprende anche il diritto consuetudinario) molteplici sono i casi in cui viene riconosciuta all'individuo la facoltà di disporre della propria integrità fisica: sia per sottoporsi ad operazioni chirurgiche o estetiche, sia per partecipare a manifestazioni sportive o a giuochi dei quali la violenza è elemento essenziale» e «la consuetudine, in questa ipotesi, conferisce all'individuo un diritto di disponibilità della propria persona e, in conseguenza, la facoltà di sottoporsi a talune menomazioni nella sfera della integrità fisica».

[78] Alcuni Autori, peraltro, estendono l'operatività della scriminante del consenso dell'avente diritto anche agli eventi dannosi conseguenti a violazioni delle regole del gioco, purché non esorbitino i limiti della violenza base, v. ALBEGGIANI, *Sport*, cit., 552; analogamente, MAZZON, *Le cause di giustificazione*, Padova, 2006, 207.

[79] Cfr. VIDIRI, *Violenza sportiva e responsabilità penale dell'atleta*, in *Cass. pen.*, 1992, 3158.

[80] Cfr., altresì, DE CUPIS, *Integrità fisica (diritto alla)*, cit., che, con particolare riferimento al pugilato, sostiene che il boxeur «consente alle lesioni che potranno essergli arrecate: egli accetta il pericolo di subirle, correlativo alla natura stessa di questo violento gioco sportivo, e se pure cercherà di evitarle, non potrà

diritti disponibili *ex* art. 50 c.p. andrebbe fatta sulla base di «una valutazione globale delle fonti normative dell'ordinamento giuridico», così da tener conto anche della consuetudine[81]; d'altro canto, anche chi sostiene doversi escludere la superabilità dei limiti stabiliti dall'art. 5 c.c., tiene fermo che il consenso all'attività sportiva, sebbene inidoneo a scriminare, costituisca un indispensabile presupposto di fatto, di tal che «la lesione cagionata nel corso dell'attività sportiva potrà essere giustificata alla condizione che il soggetto contuso abbia aderito liberamente all'esercizio di tale attività»[82].

La sfuggente demarcazione dello spazio lesivo giustificato che fuoriesce da questo quadro, e le tautologiche ragioni che di volta in volta si richiamano a fondare le ricordate proposte esegetiche, legittimano l'esperimento di una diversa impostazione, che modelli la non punibilità di fatti lesivi occorsi nello svolgimento di attività sportive alla luce del principio del Valore dell'Offesa, alla cui stregua si rende compensabile il pur tangibile disvalore implicato nel fatto tipico commesso.

Se è poco dubitabile che nel contemporaneo scenario culturale l'attività sportiva si ponga a fondamentale strumento di affermazione della personalità individuale dell'uomo, è altrettanto vero che tale Valore esiste e persiste fintantoché l'offesa realizzatasi consenta di esprimerlo, ovvero consenta di partecipare allo sport di specie. Gli unici danni/pericoli che scompaiono da un complessivo quadro di danno-pericolo penale sono pertanto quelli necessari allo svolgimento dell'attività stessa o funzionali alle dinamiche del gioco secondo le regole per esso vigenti: comunque, esclusivamente quelle lesività che permettano di continuare a partecipare/svolgere l'attività sportiva; tant'è che il consenso nella indagata categoria traduce la sua essenza di *rinuncia al diritto a non essere aggredito dall'altro* nel fatto stesso della partecipazione al gioco.

Salvo altrimenti vedere dissolversi quel Valore dell'Offesa che vale a compensare l'altrimenti delineatasi offensività reale (nella specie, dell'integrità fisica).

4.2. La dignità dell'esistenza umana.

4.2.1. Percorsi giurisprudenziali e punti di intersezione con l'Offesa di Valore.

L'altro settore di tradizionale – e centrale – rilievo, in questo campo d'argomentazione è quello che fa capo all'attività medico–chirurgica. Data per

---

considerarle estranee alla propria volontà ove il pericolo abbia trovato attuazione col loro effettivo avveramento. Il pubblico riconoscimento degli incontri di pugilato rende indubitabile la legittimità ed efficacia di tale consenso. E può ritenersi che la pubblica tutela conferita allo sport violento del pugilato renda efficace il consenso anche rispetto a quei colpi che producono una diminuzione permanente dell'integrità fisica (art. 5 c.c.), purché contenuti entro il limite del rispetto delle regole del gioco (si ha, dunque, un allargamento del limite di efficacia del consenso). La legittimità del detto consenso non è neanche contrastata dalla morale corrente, dato che esso si riferisce ad una forma di sport che è penetrata nel costume sociale».

[81] RAMPIONI, *Delitto sportivo*, cit., 4.

[82] GROSSO, *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Roma 1988, 7; CRUGNOLA, *La violenza sportiva*, in *Riv. dir. sport.*, 1960, 53.

acquisita la necessità del consenso come requisito in senso lato legittimante la stessa attività medica[83], le questioni interpretative oggetto di imperituri interrogativi vertono in primo sulla decriptazione della natura giuridica del consenso prestato dal paziente, e cioè se sia riconducibile all'art. 50 c.p. ovvero ad un elemento che incide sulla stessa tipicità; in secondo sulla eventuale rilevanza penale del trattamento medico effettuato in assenza di consenso, per individuare l'eventuale fattispecie penale integrata.

I percorsi giurisprudenziali che hanno attraversato questo territorio tematico dimostrano di avere – nel tempo – intersecato in più punti la dimensione del Valore dell'Offesa, progressivamente allontanandosi dalla ricordata classica alternativa strutturale relativa al consenso del malato, percepita come "comunque" obiettabile, criticabile e insoddisfacente.

Dalla salda convinzione della traduzione del consenso entro i margini della causa di giustificazione *ex* art. 50 c.p., per cui «soltanto il consenso, manifestazione di volontà di disporre del proprio corpo, può escludere in concreto l'antigiuridicità del fatto e rendere questo legittimo»[84], e pur sempre «solo nei limiti di cui all'articolo 5 c.c.»[85], si è così approdati al diffuso intendimento del consenso come «un presupposto di liceità dell'attività medico–chirurgica»[86]. Ciò, consci di una indubitabile realtà giuridico–penale: allo stato attuale della legislazione il consenso prestato dal paziente appare del tutto irrilevante ai fini della giustificazione del fatto, posto che la disposizione (art. 50 c.p.) che ne richiede la presenza per escludere l'antigiuridicità di una vicenda astrattamente sussumibile nella previsione di una norma incriminatrice pone come limite insormontabile alla sua efficacia la disponibilità dei diritti di cui si prevede la lesione e, ad avviso della Corte, sia il diritto alla vita che quello all'integrità personale non presentano una tale caratterizzazione[87].

Piuttosto, la giurisprudenza di legittimità sottolinea che l'attività medico–chirurgica, se eseguita a scopo terapeutico, è in ogni caso lecita in quanto corrispondente ad un alto interesse sociale ed anzi aggiunge, quasi a dissipare ogni possibile obiezione, che sussiste uno stato di necessità generale, per così dire istituzionalizzato, idoneo a dissolvere ogni profilo di illiceità[88]. Diremmo: una generale e generica giustificazione che già per questi caratteri si avverte inaccettabile, tanto è vistosamente – e volutamente – lasciata priva di una esatta configurazione strutturale pur necessaria per aversi cittadinanza penale.

---

[83] Per tutti GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2001, 377 ss.

[84] Cfr. Cass., sez. V, 13 maggio 1992, Massimo, in *Cass. pen*., 1993, 63.

[85] Cass., sez. IV, 12 luglio 2001, Barese, in *Riv. pen*., 2001, 806.

[86] Cass., sez. IV, 3 ottobre 2001, Firenzani, in *Cass. pen.*, 2002, 2041. V. già Pret. Arezzo, sez. dist. Montevarchi, 24 marzo 1997, Gervino, in *Riv. it. med. leg*., 1997, 1103: «la liceità di ogni accertamento o trattamento sanitario presuppone un valido consenso»; Trib. Venezia, 4 febbraio 1998, Chinello, *ivi*, 1999, 965: «il consenso è condizione imprescindibile di legittimità dell'atto medico, in quanto l'ordinamento giuridico non vuole esporre l'integrità fisica dell'avente diritto all'unilaterale e arbitrario intervento di un estraneo, ancorché medico».

[87] Cfr. Cass., sez. I, 11 luglio 2002, Volterrani, in *Riv. pen.*, 2002, 751.

[88] Cass., sez. IV, 10 ottobre 2001, Cicarelli, in *Riv. pen.*, 2002, 364.

Nondimeno, si percepisce netta, e rimane sancita come regola generale, la necessità del consenso (debitamente informato), il quale garantisce al paziente di porre in essere non solo una scelta consapevole tra le differenti opzioni terapeutiche prospettate, ma anche la possibilità di "rifiutare" la terapia e di interromperla (anche nei casi di fase terminale della malattia). Il criterio guida che deve illuminare la relazione medico-utente deve essere difatti quello della «libera disponibilità del bene salute da parte del paziente»[89].

L'ultimo intervento sul tema ad opera del Supremo Consesso a sezioni riunite, sulla scorta di questa radicata tradizione interpretativa, avvicina infine nettamente alla prospettiva esegetica intrapresa lungo queste riflessioni. La pronuncia ha difatti escluso che il consenso informato, chiave della stessa legittimazione della attività medica, possa essere ricondotto all'art. 50 c.p., considerando un siffatto riferimento "riduttivo", dato che *il principio del consenso informato è ricavabile direttamente dalla Costituzione e dalla tutela dello stesso diritto alla salute quale diritto fondamentale dell'individuo*; ed ha parimenti escluso che, nell'attuale contesto legislativo, l'intervento medico-chirurgico arbitrario possa avere rilevanza penale, non essendo riconducibile ad alcuna delle fattispecie di reato esistenti nel nostro ordinamento. Solo se l'intervento venga effettuato in presenza di un dissenso esplicito del paziente, si potrà allora ipotizzare l'applicabilità dell'art. 610 c.p.[90].

Sullo sfondo della pronuncia sta un consolidato binario interpretativo. Una opzione è quella di considerare l'attività medico-chirurgica come fatto tipico di lesioni (l'incisione chirurgica, in quanto alterazione anatomica, integra una malattia) ed il consenso una scriminante: in tal modo, dell'intervento arbitrario emerge il profilo dell'offesa all'integrità fisica, giustificata in presenza del consenso del paziente. In mancanza di consenso il fatto può dar luogo al delitto di lesioni personali, colpose[91] o addirittura dolose[92].

Una seconda opzione consiste nel considerare l'attività medica come fatto in sé lecito e nell'attribuire al consenso il ruolo di presupposto di liceità del trattamento medico. Questa seconda soluzione, che oggi è la più accreditata in giurisprudenza[93], non risolve, però, si è obiettato, il problema della qualificazione giuridica dell'intervento medico arbitrario, in quanto dottrina e giurisprudenza hanno talvolta

---

[89] Cass., sez. IV, 26 maggio 2010, n. 34521, Huscher, in *www.leggiditalia.it*.

[90] Così Cass., sez. un., 18 dicembre 2008, n. 2437, Giulini e altro, in *Ced. Cass.*, n. 241752; per un commento alla sentenza, TORDINI CAGLI, *Profili penali del trattamento medico-chirurgico in assenza di consenso*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 5, 1061 ss. Parzialmente conforme, nel senso che la rilevanza penale del trattamento medico arbitrario può aversi, *ex* art. 610 c.p., solo in caso di dissenso al trattamento e, comunque, in caso di esito infausto, Cass., sez. I, 29 maggio 2002, n. 26446, P.G. in proc. Volterrani, in *Ced. Cass.*, n. 222581.

[91] Cass., sez. IV, 8 maggio 2008, n. 32423, Giachero, in *Ced. Cass.*, 241003.

[92] Cass., sez. IV, 9 marzo 2001, Barese, in *Cass. pen.*, 2002, 517 con nota di IADECOLA, *Sulla configurabilità del delitto di omicidio preterintenzionale in caso di trattamento medico con esito infausto, praticato al di fuori dell'urgenza e senza consenso del paziente*.

[93] Si veda Cass., sez. IV, 11 luglio 2001, Firenzani, in *Cass. pen.*, 2002, 2041, con nota di IADECOLA, *Sugli effetti penali della violazione colposa della regola del consenso nell'attività chirurgica*; Cass., sez. IV, 6 novembre 2008, n. 45126, Ghisellini, in *Ced. Cass.*, n. 241908.

ritenuto preminente nel fatto la violazione dell'integrità fisica[94], talaltra hanno ravvisato la sola violazione della libertà di autodeterminazione del paziente, escludendo che il fatto, in presenza di un esito fausto dell'intervento, potesse comportare una lesione dell'integrità fisica: di qui il richiamo agli artt. 610 e 613 c.p., con l'eventuale applicazione dell'art. 586 c.p. in caso di esito infausto dell'intervento. Non sono, infine, mancate posizioni che hanno evidenziato l'impossibilità di ravvisare gli estremi di un reato, considerate le difficoltà di far rientrare l'intervento medico arbitrario in una delle fattispecie richiamate.

La sentenza delle Sezioni Unite[95] dirompe nella complessità della questione, che aveva – *rectius*, ha – così diviso la dottrina e disorientato le soluzioni giurisprudenziali, volgendosi a definire «se abbia o meno rilevanza, e nel caso di risposta affermativa quale ipotesi delittuosa configuri, la condotta del sanitario che in assenza di consenso informato del paziente, sottoponga il medesimo ad un determinato trattamento chirurgico nel rispetto delle "regole dell'arte" e con esito fausto».

L'inquadramento giuridico del fatto delineato dipende quindi, essenzialmente, dal significato attribuito all'esercizio dell'attività medica in funzione del ruolo del consenso del paziente.

Immerse in questo scorcio le Sezioni Unite sembrano far propria la lettura proposta dalla più recente giurisprudenza che considera il consenso presupposto di liceità dell'intervento medico[96], anche se i passaggi argomentativi, non limpidi, lasciano un ragionevole spazio per agganciarvi la soluzione intrapresa in queste riflessioni, che vede fissata, in ogni caso di intervento medico-chirurgico, la tipicità oggettiva e soggettiva del fatto di lesioni (o piuttosto della morte): da qua, poi, si legherà alla specifica circostanziazione di un corretto circuito informativo tra medico e paziente, e senz'altro alla verifica della natura fausta o infausta dell'esito dell'intervento, l'accertamento di quel danno ingiusto che solo integra l'illiceità civile e la connessa risarcibilità delle conseguenze pregiudizievoli.

A secondo passaggio sta la verifica complessiva dell'offensività penale, in primo volta a pesare la reale concretezza della lesione/pericolo tipizzata/o, in secondo portata sulla più ampia angolatura della compensabilità di quell'offesa – in tal caso annullata di ogni rilievo penale – con il Valore umano che essa stessa oggettivamente esprima. Si badi, Valore umano che – identificato nella Dignità del proprio benessere psico-fisico – deve calcolare sia gli effetti benefici già materialmente conseguiti e osservabili sia quelli che siano ragionevolmente (ancora) ottenibili nel prosieguo (eventuale) di stabilizzazione delle condizioni di salute.

---

[94] V. Cass., sez. IV, 11 luglio 2001, Firenzani, cit., che ha riconosciuto le lesioni colpose.

[95] Cass., sez. un., 18 dicembre 2008, n. 2437, cit., con commento di PELISSERO, *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 447; e in *Foro it.*, II, 2009, c. 305 ss., con nota di FIANDACA, *Luci ed ombre della pronuncia a Sezioni Unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*; e in *Cass. pen.*, 2009, con nota di VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni Unite*, 1793.

[96] FRESA, *La responsabilità penale in ambito sanitario*, in *I reati contro la persona, I reati contro la vita e l'incolumità individuale*, a cura di Canestrari, Torino, 2006, 628 ss.

Valore che – conformemente alla soluzione cui perviene il Supremo Consesso ma per ben diverso percorso – sempre sussiste in caso di c.d. esito fausto: ciò, in quanto è evidentemente riscontrabile, in ogni materiale attività chirurgica cui si sottoponga consapevolmente il paziente, quel consenso di cui all'art. 50 c.p. "riletto e ripensato" nei panni di una rinuncia a contrapporsi all'altrui aggressione; salvo quindi il caso in cui si attesti la presenza di un esplicito dissenso formulato dal paziente, che, dice proprio la Corte, ben potrà lasciare margine alla configurabilità del delitto *ex* art. 610 c.p.

Più in dettaglio.

Nell'evidente insoddisfazione concettuale tanto dell'orientamento esegetico che colloca il consenso informato entro il modello di un consenso scriminante, quale si intende comunemente regolato dall'art. 50 c.p.[97], tanto della tendenza interpretativa che lo riconduce a causa di esclusione della stessa tipicità del fatto[98], la ricerca di una corretta posizione teorica non può che avere a snodo centrale la riconducibilità degli effetti dell'operato medico-chirurgico al concetto di malattia, evento del reato della fattispecie di lesioni personali. Se anche, infatti, si voglia rifiutare con la maggioranza della dottrina, l'interpretazione più rigorosa, accolta invece spesso in giurisprudenza, che identifica la malattia con qualsiasi alterazione anatomica o funzionale, ancorché localizzata e non impegnativa delle condizioni organiche generali, che sarebbe evidentemente idonea a ricomprendere anche la mera incisione dei tessuti, e si accolga l'interpretazione che richiede, invece, un processo atto a determinare una apprezzabile menomazione funzionale dell'organismo, dalla quale estromettere la predetta incisione, alla stessa ultima nozione rimarrebbero riconducibili le altre conseguenze necessarie del trattamento chirurgico: tale, dunque, pur in caso di esito fausto, sembra non poter che integrare per lo meno dal punto di vista oggettivo, gli estremi del reato di lesioni personali.

Un dato fenomenico, questo, inconfutabile, che non riesce ad essere obliato da una argomentazione di tipo teleologico, ai sensi della quale ritenere escluso l'intervento medico-chirurgico dal novero dei comportamenti che possano offendere il bene giuridico tutelato dalle norme in tema di lesioni personali, identificabile non con l'integrità fisica ma con la salute, da intendersi come complessivo benessere fisiopsichico, alla cui tutela lo stesso intervento sarebbe invece funzionale[99]. Anche le Sezioni Unite in menzione fanno del resto propria la nozione clinica, già accolta dalla dottrina[100] e, di recente, anche da sentenze di legittimità[101], della malattia come

---

[97] In dottrina, VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente,* in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2004, 176.

[98] Cass., sez. VI, 14 febbraio 2006, n. 11640, Caneschi, in *Ced. Cass.*, n. 233851; Cass., sez. IV, 16 gennaio 2008, n. 11335, Huscer e altri, in *Ced. Cass.*, n. 238968; Cass., sez. IV, 24 giugno 2008, n. 37077, Ruocco e altro, in *Ced. Cass.*, n. 240963. In dottrina soprattutto MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico,* Milano, 1984; ID., *Trattamento sanitario arbitrario: lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *Ind. pen*., 2004, 449 ss.; con motivazioni diverse, TORDINI CAGLI, *Profili penali*, cit., 1073.

[99] C. FIORE-S.FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, Torino, 2008, 355; ROMANO, *art. 50,* cit., 532.

[100] Si vedano a riguardo le osservazioni di FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, t. I, *I delitti contro la persona*, Bologna, 2007, 55; SALCUNI, *Artt. 582-583*, in *Reati contro la persona*, a cura di Manna,

«processo patologico evolutivo». Secondo questo punto di vista, dunque, a prescindere dalle conseguenze fisiologiche, l'intervento che non abbia cagionato un complessivo peggioramento della salute del paziente, pur se effettuato in assenza del suo consenso, non offenderebbe il bene giuridico tutelato dagli artt. 582 e 583 c.p., ma tutt'al più, il diritto alla autodeterminazione del soggetto. Ritorna, in buona sostanza, l'argomento della non assimilabilità dell'incisione con bisturi praticata dal chirurgo ad una ferita da arma da taglio[102].

Nondimeno – si accennava – l'accoglimento della nozione funzionale di malattia non consente di "occultare" la verificazione di una lesione fisica in senso materiale, quand'anche si tratti di processo patologico–esito di un atto operatorio reso strumento per il raggiungimento di un obiettivo finale dato dal «beneficio per la salute del paziente».

Da un lato, si avverte come un simile profilo soggettivo-finalistico non possa – ontologicamente – intaccare la materialità del fatto; dall'altro rimane di tutta evidenza come, prendendo in considerazione il dato oggettivo delle conseguenze "ultime" dell'atto, ci si apra a consentire alla paradossale soluzione della non configurabilità di una lesione tipica *ex* art. 582 c.p. ogni qual volta l'evoluzione finale del processo patologico in questione attesti l'esistenza di un ritrovato o finanche migliorato benessere psicofisico, a prescindere dalla specificità del contesto, medico o non medico in cui l'aggressione fisica sia stata volontariamente perpetrata.

4.2.2. L'operatività del principio della compensazione dell'offesa penale.

L'obiezione dà allora ragione alle presenti considerazioni: ferma la tipicità del fatto, si tratta di vagliare non l'esistenza-inesistenza di una oggettiva contraddizione tra tale disposizione astratta di incriminazione ed altro precetto che facoltizzi o imponga la commissione del medesimo fatto da parte dell'agente in concreto (così da far assumere alla situazione i contorni della liceità, dimostrando l'assenza dell'antigiuridicità); ma un profilo dell'offensività penale che sta al di là del confine della effettiva, reale, in una parola concreta lesione del bene integrità fisica. Profilo di offensività che il principio generale dettato dall'art. 50 c.p. sigla nella compensabilità dell'offesa tipica con un Valore della persona umana immanente nel medesimo disvalore prodottosi, e riconosciuto tanto dal sistema quanto dall'offeso. Così, l'occorsa lesione all'integrità fisica ben può esprimere il Valore della tutela del proprio (del singolo individuo) stato complessivo di benessere psico-fisico (salute): ma solo se, ed in

---

Torino, 2007, 105 ss.; LORETO, *I delitti di percosse e lesioni personali*, in *I reati contro la persona, I reati contro la vita e l'incolumità individuale*, a cura di Canestrari, Torino, 2006, 528 ss.; PANNAIN, *Lesioni personali e percosse (diritto penale comune)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. IX, Torino, 1963, 746.

[101] Cass., sez. IV, 19 marzo 2008, n. 17505, Pagnani, in *Ced. Cass.*, n. 239541; Cass., sez. II, 12 marzo 2008, n. 15420, Amendola, *ivi*, n. 240012.

[102] MANNA, *Trattamento sanitario*, cit., 450; EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, 729.

quanto, assuma questo spessore assiologico – di valore che entra nel patrimonio giuridico dell'interessato, e come tale riconosciuto dall'ordinamento – allora "compensa" e quindi esclude la punibilità dell'offesa reale tipizzata.

In effetti si dimostrano inclinate verso questa direzione esegetica anche le riflessioni, e le perplessità, giurisprudenziali emergenti in pronunce successive a quella delle Sezioni unite del 2008.

Va allora citata la decisione del 28 gennaio 2010, avente ad oggetto il caso di un medico che aveva praticato un intervento per curare un'elevata miopia ad entrambi gli occhi ed astigmatismo[103]. Il sanitario, dopo aver effettuato una normale visita oculistica, aveva suggerito al paziente di sottoporsi ad un intervento di tipo correttivo, definito routinario, al quale questi si era effettivamente sottoposto, prestando il proprio consenso affinché l'intervento venisse realizzato con la tecnica di tipo lasik, ed esprimendo un deciso rifiuto a che l'intervento fosse effettuato con la metodica di tipo PRK: all'esito, con il metodo PRK, il paziente riportava l'indebolimento permanente del senso della vista.

V'è una prima basilare considerazione: il consenso del paziente a parere dei Supremi Giudici non si identifica con quello *ex* art. 50 c.p., ma si erge a indefettibile presupposto di legittimità del trattamento medico chirurgico, essendo il paziente libero di effettuare scelte autonome e consapevoli. Argomenta sul punto la Corte che, stabilito come il consenso rende lecito l'intervento del medico, «deve rilevarsi come non si possa al contempo addivenire a soluzioni ermeneutiche che vanificano radicalmente tale principio, assumendo che il medico sia comunque e sempre legittimato all'espletamento di quella attività terapeutica in ossequio al fine curativo perseguito in favore del paziente». Rimane, perciò, del tutto irrilevante che l'atto terapeutico, che ha cagionato la malattia finale, sia stato posto in essere al fine di guarirne un'altra o assicurare un più appagante assetto psico-fisico «sul piano della valutazione complessiva della salute»: determinazioni, queste, di esclusiva competenza del paziente. Si apprezza allora un notabile spunto: la determinazione relativa all'esito complessivo della salute è scelta riservata esclusivamente al paziente; in sostanza, sembra affermare la pronuncia più implicitamente che esplicitamente, è solo il paziente (*dominus membrorum suorum*) a dover/poter stabilire quale opzione intraprendere, e quindi se sottoporsi o meno ad un intervento chirurgico; al di là che, nel concreto, l'intervento stesso si sia rivelato fausto, all'esito di una complessiva valutazione da effettuarsi sulla base dei canoni della scienza medica e privilegiando, quindi, una concezione oggettiva del concetto salute.

Tirando le fila, c'è dunque margine di ragionevolezza nell'intendere – come vale per l'attività sportiva – il consenso necessario e sufficiente ad integrare il principio *ex* art. 50 c.p. nei termini di "semplice" comportamento del soggetto passivo di consapevole e volontario assoggettamento all'altrui atteggiamento aggressivo, da cui l'offesa reale si produce.

---

[103] Cass., sez. IV, 28 gennaio 2010, n. 5076, P.G.A.T., in *www.leggiditalia.it*.

Nella formulazione linguistico-letterale, del resto, si scrive (parafrasando) di un consenso "col quale", quindi, per mezzo del quale, sia commesso il fatto lesivo – pericoloso. Vale a dire che attraverso il consentito svolgimento dell'attività medico-chirurgica ovvero il consentito assoggettamento all'attività medico-chirurgica, si produce un dato esito offensivo, che dovrà essere immediatamente dopo valutato dall'ordinamento, prima in senso "quantitativo" per verificarne la realtà-concretezza penale, e poi in comparazione qualitativa con il Valore che quell'offesa possa esprimere, per dirsi essa confermata o intendersi annullata.

D'altronde, lo schema di pensiero utilizzato dal Giudice di Legittimità non nasconde di cercare una "terza via" tra mancanza di antigiuridicità e difetto di tipicità: il Supremo Consesso, si è detto, aderisce all'inquadramento dogmatico maggioritario quando afferma che «sarebbe davvero eccentrico continuare a rinvenire nella sola scriminante del consenso dell'avente diritto, di cui all'art. 50 c.p., la base di semplice "non antigiuridicità" della condotta del medico» (punto 4 motivazione). Però, in un passo successivo della motivazione (punto 8), soffermandosi sulla applicabilità del delitto di lesioni personali, scrive che l'atto chirurgico integra «ove isolato dal contesto del trattamento medico-terapeutico – la tipicità del fatto lesivo, rispetto al quale l'antigiuridicità non può che ricondursi alla disamina del corretto piano relazionale tra medico e paziente: in una parola, al consenso informato, che compone la "istituzionalità" della condotta "strumentale" del chirurgo, costretto a "ledere" per "curare". Il versante problematico si sposta, dunque, dalla antigiuridicità, derivante dal mancato consenso al diverso tipo di intervento chirurgico in origine assentito, alla "tipicità" delle lesioni dell'intervento in sé e delle conseguenze che da tale intervento sono scaturite».

L'ambiguità della impostazione rivela dunque l'incapacità di giungere ad una piena comprensione giuridico-penale della fenomenologia dell'atto chirurgico alla luce di queste richiamate classiche categorie strutturali del reato.

In ogni caso, rimane ferma una lettura *a contrario* dell'art. 5 c.c., non come limite al potere di disporre, ma come «libertà di disporre del proprio corpo, stante il valore unitario e inscindibile della persona come tale», ossia «libertà di decidere e di autodeterminarsi in ordine a comportamenti che in vario modo coinvolgono e interessano il proprio corpo»[104].

Le Sezioni Unite sembrano dunque porsi "a chiusura" di una stagione giurisprudenziale sviluppata proprio secondo una direttrice evolutiva. E sembrano infine accogliere due principi fondamentali che, integrandosi a vicenda, dettano linee guida non lontane da quelle che si estraggono da una lettura dell'art. 50 c.p. come

---

[104] Trib. Roma, 23 luglio 2007, R., in *Dir. pen. proc.*, 2008, 59, con nota di VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*. Su questa vicenda v. altresì SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby*, cit., 1561 ss.; VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"?*, cit., 5 ss.; CUPELLI, *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare)*, in *Cass. pen.*, 2008, 1807. Sulla vicenda giudiziaria del caso Englaro, (Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, cit.) in dottrina v. VIGANÒ, *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1035; SEMINARA, *Le sentenze*, cit., 1561 ss.

"principio di non punibilità dell'Offesa di Valore": l'attività medica si giustifica da sé, in nome dell'alto interesse sociale che è destinata a soddisfare, in quanto volta a "garantire" la salute dell'individuo; il consenso opera come condizione di legittimazione di ogni intervento che incida sull'integrità fisica o psichica del soggetto, al quale è assicurata, in base a principi costituzionale, la piena disponibilità del bene salute[105].

Ancora una nota: la lettura dell'art. 50 c.p. nei termini sopra chiariti fa disperdere il connotato delimitativo che varrebbe all'impunità del solo medico quale soggetto agente del reato. Per un verso, al diritto-bene della salute spetta una garanzia *erga omnes*, per altro verso l'art. 50 c.p. trova esplicita applicazione indipendente da ogni considerazione relativa al soggetto attivo-reo dell'offesa (consentita, il cui Valore andare a verificare), e quindi ai rapporti tra *colpevole* e (non) *offeso*. Vale a dire che anche il non-medico (che sia in rapporto terapeutico-professionale con il malato) – e il richiamo va in primo luogo alle figure del coniuge e del parente del paziente, come anche all'amico oppure al "terzo incaricato" – può realizzare un fatto tipico omicidiario (del consenziente), realmente offensivo, che pur si dimostri conforme al Valore assegnato dall'ordinamento all'Offesa acconsentita, e pertanto non punibile per complessiva mancanza di disvalore.

Piuttosto, pare che il punto di forza dell'argomentazione delle Sezioni unite per come soggettivamente delimitata alla figura-agente del medico si indirizzi a ribadire l'importanza del consenso del paziente, nella gestione del proprio bene-salute, anche rispetto a qualsiasi intervento medico, salvi i casi di stato di necessità o di incapacità di manifestazione del volere[106].

I passaggi concettuali allora si saldano in unità: riemerge ancora una volta, a questo punto del ragionamento, la portata materiale-oggettiva del consenso, il cui significato nella relazione terapeutica assume le sembianze dell'alleanza terapeutica[107], e diventa primariamente funzionale all'attuazione del diritto alla salute quale fondamentale Valore Umano del paziente[108].

---

[105] Cass., sez. IV, 16 gennaio 2008, n. 11335, Huscer. e altri, cit.; *contra* IADECOLA-FIORI, *Stato di necessità medica, consenso del paziente e dei familiari, cosiddetto "diritto di morire", criteri per l'accertamento del nesso di causalità*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, 313.

[106] Si veda Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Giur. cost.*, 2008, 4945.

[107] Su questo principio v. PAGNI, *Sul Codice deontologico dei medici*, in *Bioetica*, 2000, 597.

[108] FERRANDO, *Chirurgia estetica, "consenso informato" del paziente e responsabilità del medico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, 945 s.