

Roberto Bartoli
Marco Pelissero
Sergio Seminara

Diritto penale

LINEAMENTI DI PARTE SPECIALE

SECONDA EDIZIONE



Giappichelli

PARTE PRIMA

I DELITTI CONTRO LA PERSONA

di *Sergio Seminara*

CAPITOLO PRIMO

INTRODUZIONE GENERALE

SOMMARIO: 1. Reati contro la persona in senso sostanziale e come denominazione di categoria. – 2. Delitti contro la persona e sistematica codicistica. – 3. La nozione di “uomo”. – 3.1. Interruzione della gravidanza e procreazione assistita. – 4. Libertà di vivere, consenso informato e diritto di rifiutare le terapie mediche. – 4.1. Trattamento arbitrario e responsabilità del medico. – 5. La rilevanza del consenso nei delitti contro la persona e l'art. 5 c.c.

1. *Reati contro la persona in senso sostanziale e come denominazione di categoria*

In linea generale, tutti i reati offendono la persona, giacché anche quelli posti a presidio di beni istituzionali come lo Stato, la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia (si tratta degli artt. 241-401) risultano mirati a una tutela almeno mediata della persona, assunta come punto di riferimento finale¹. Nella prospettiva delineata, dunque, va esclusa l'esistenza di reati che, direttamente o indirettamente, non provvedono a proteggere

¹ CADOPPI-VENEZIANI, 2019, 1 ss.; DE FRANCESCO-GARGANI-NOTARO-VALLINI (a cura di), *La tutela della persona umana*, 2019; DOLCINI, *Codice penale*, in *Dig. pen.*, II, 1988, 279 ss.; FIANDACA-MUSCO, I, XVII ss.; FLORA, *Il «sistema» della parte speciale*, 2014⁴, 61 ss.; MANTOVANI, I, XV ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 333 ss.; PADOVANI-STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, 2006, 69 ss.; PALAZZO, *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, in FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, 2001, 409 ss.; ID., *Persona (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, 1983, XXXIII, 294 ss.; PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, 2010, 51 ss.; ROMANO, *Legislazione penale e tutela della persona umana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 53 ss.; SEMINARA, *Codice penale, riserva di codice e riforma dei delitti contro la persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 423 ss. V. inoltre FORTI, *Obiettivi e metodi di una ricerca sull'ordinamento «lessicale» ecc.*, in PICOTTI (a cura di), *Tutela della persona e nuove tecnologie*, 2013, 362 ss.; CAPUTO, *Ordinamento lessicale dei beni giuridici personali ecc.*, *ivi*, 369 ss. Un modello di riferimento per molti versi ancora attuale, quanto all'Italia, è rappresentato dallo *Schema di legge delega* presentato nel 1991 dalla Commissione Pagliaro.

diritti o interessi dei consociati, considerati individualmente o nelle formazioni o gruppi in cui essi agiscono.

Questa visione antropocentrica rappresenta una conquista del pensiero penalistico liberale recepito, sotto l'egida della **Carta costituzionale**, nell'Italia repubblicana; alla base di essa sta infatti il duplice postulato che ogni incriminazione penale tutela beni facenti capo al singolo e alle condizioni di esistenza della comunità sociale e che non sono ammissibili in ambito penale concezioni che affermano il predominio di una qualsiasi entità o istituzione sull'individuo.

Il vincolo di attrazione esercitato dalla persona nei confronti di tutte le fattispecie incriminatrici finisce però con il privarla di qualsiasi valenza a fini classificatori. In taluni casi si tratterebbe di un effetto positivo, essendo oggi – ma non da oggi – entrata in crisi l'idea di una reale autonomia dei delitti, ad es., contro la famiglia o contro il pudore e l'onore sessuale, che invece costituiscono solo un riflesso della tutela della persona; in altri casi, invece, le **tecniche di incriminazione** – si pensi non solo al settore dei delitti contro l'incolumità pubblica ma anche a quello dei delitti contro l'ambiente e, nella legislazione speciale, alla salute e della sicurezza del lavoro – spingono verso articolazioni e differenziazioni che impediscono ai delitti contro la persona di svolgere un ruolo assorbente e indiscriminato.

Risalendo più a monte, può addirittura dubitarsi della perdurante correttezza di una visione ove l'essere umano costituisce in via esclusiva l'oggetto della protezione normativa e, allo stesso tempo, delle pene minacciate. La concezione personalistica del diritto penale, caratterizzata da una specularità assoluta dei destinatari della tutela e delle sanzioni, è infatti entrata in crisi all'inizio del secondo millennio sotto due distinti profili.

Da un lato, il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, ha spinto la sfera operativa delle sanzioni oltre il fronte delle persone fisiche per attingere direttamente le persone giuridiche all'interno di un contesto comunque caratterizzato in senso penalistico; dall'altro lato, gli artt. 544-*bis* fino a 544-*sexies*, introdotti dalla l. 20 luglio 2004, n. 189, presidiano direttamente gli animali senza il filtro frapposto dal nostro umano sentimento verso di essi, così rendendoli direttamente oggetto – nella quasi totalità – della protezione apprestata dal titolo IX-*bis* del codice penale.

Come si vede, l'esclusività della persona come destinataria sia dei precetti che delle pene ha ceduto il posto a una realtà in cui **nuove entità** si sono affacciate sullo scenario del diritto penale.

2. *Delitti contro la persona e sistematica codicistica*

Riflettere sulla parte speciale del codice significa anzitutto ricercare, all'interno della nostra comunità, i valori più rilevanti, che meritano il presidio penale. Non si tratta di un'operazione certamente agevole, in tempi caratterizzati dall'assenza di coesione sociale e – per quanto possa sembrare contraddittorio – da un marcato populismo che pretende di modellare il diritto penale, sul versante sia delle pene che delle scriminanti, sulla base di umori collettivi abilmente pilotati.

Limitando in questa sede l'attenzione agli aspetti di natura topografica, l'ovvia premessa è che, rispetto alle scelte operate dal vigente codice penale, il mondo dei valori, considerandone anche il rango e la classificazione, è profondamente cambiato dal 1930 a oggi; l'ulteriore premessa, meno ovvia ma non certo sorprendente, è che gli innesti recentemente operati dal legislatore risultano ampiamente criticabili.

È ormai ricorrente l'affermazione che la parte speciale del codice si presenta a “piramide rovesciata” rispetto agli assetti della Carta costituzionale: come questa esordisce nell'art. 2 con i diritti inviolabili dell'uomo, così quella apre con i delitti contro lo Stato e solo nel penultimo titolo, il XII, prevede i delitti contro la persona.

Più specificamente, il **titolo XII** contiene nel **capo I** i delitti contro la vita e l'incolumità individuale, nel **capo I-bis** i delitti contro la maternità, nel **capo II** i delitti contro l'onore e nel **capo III** i delitti contro la libertà individuale, a loro volta articolati in sei sezioni rispettivamente dedicate ai delitti contro la personalità individuale, l'eguaglianza, la libertà personale, la libertà morale, l'inviolabilità del domicilio e l'inviolabilità dei segreti.

Il primo rilievo – come si è già osservato – riguarda la **collocazione del titolo**. Che la personalità dello Stato, la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia dovessero precedere la persona, era consustanziale all'ideologia fascista e, dunque, appare storicamente comprensibile. Nella medesima prospettiva storica trova spiegazione il rilievo attribuito a determinati interessi collettivi in quanto fattori condizionanti la stabilità delle istituzioni: sentimento religioso e pietà dei defunti, ordine pubblico e incolumità pubblica, fede pubblica, economia pubblica, industria e commercio, moralità pubblica e buon costume, integrità e sanità della stirpe e, infine, la famiglia. Oggi, ma non da oggi, si tratta però di una concezione che appartiene a una lontana stagione del pensiero giuridico, da ritenersi definitivamente sepolta tra le macerie del passato: la **tutela della persona** deve aprire la parte speciale del codice penale allo stesso modo in cui, nel 1947, i padri costituenti decisero di fondare già nell'art. 2 della Carta costituzionale il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo.

Dalla collocazione del titolo passiamo alle sue ripartizioni interne.

Anzitutto risalta l'assenza, in esordio del titolo, di un capo dedicato ai **reati contro l'umanità e l'eguaglianza**, che nel modo simbolicamente più efficace esprima la suprema condanna da parte dell'ordinamento nei confronti di fatti lesivi dell'essere umano in quanto tale e della convivenza tra gli esseri umani. In particolare, una prima sezione dovrebbe contenere i delitti di genocidio, contro l'umanità e di guerra (questi ultimi a onta della loro più intuitiva collocazione nel codice penale militare), nell'ampia articolazione sancita dallo statuto della Corte penale internazionale; in una seconda sezione andrebbero invece collocati i delitti in tema di schiavitù, la cui collocazione separata rispetto ai delitti contro la vita e l'incolumità personale varrebbe a sottolineare che essi mortificano l'essere umano nella sua dignità e nella sua essenza, prima ancora che nell'integrità fisica, perché in modo diverso lo riducono a una mera cosa: il divieto penale si atteggia qui in termini assoluti, insuscettibili di temperamenti e bilanciamenti. Nel medesimo capo – in sintonia con il titolo III della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – potrebbero essere compresi i reati contro l'eguaglianza delle persone attraverso ideologie negatrici della natura e della dignità dell'uomo come essere umano (cfr. artt. 604-*bis* e 604-*ter*, in tema di propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale, etnica e religiosa).

È opportuno notare che l'introduzione di un capo dedicato alla persona concepita nella sua idealità e nella sintesi dei valori che noi associamo all'essenza umana avrebbe anche il pregio di sciogliere la comunione forzosa con la persona intesa in carne e ossa, come destinataria di condotte lesive della sua vita o integrità fisica, della sua libertà, personalità, onore ecc.: se la parte speciale esordisse con un capo dedicato ai delitti contro l'umanità e l'eguaglianza, il capo intitolato ai delitti contro la persona evidenzerebbe il passaggio dell'offesa dall'essere umano nella sua astrattezza a un concreto individuo.

In merito ai contenuti del vigente **capo I** insorgono considerazioni di vario tipo. Anzitutto, è da riflettere sull'opportunità di collocarvi indiscriminatamente **vita e incolumità individuale**, con il risultato di porre le percosse subito dopo i reati di omicidio: appare verosimilmente più corretta la previsione di due autonome sezioni all'interno dello stesso capo, rispettivamente dedicate alla vita e all'integrità fisica. Quanto al reato di omicidio nelle sue varie previsioni circostanziali, non è da escludere che la distinzione tra assassinio e omicidio, in conformità alla tradizione storica dei codici ottocenteschi, seguita dalla previsione di ipotesi di omicidio aggravato, sia in grado di restituire un ordine concettuale a ciò che oggi appare un inestricabile groviglio di casi presidiati da una sanzione più severa di quella minacciata dalla fattispecie base dell'art. 575. Nessun dubbio può invece sussistere sulla ne-

cessità di una secca abrogazione dell'**art. 584** (omicidio preterintenzionale) e di una riformulazione dell'**art. 586** nel senso della prevedibilità concreta dell'evento.

Il **capo II** tradisce la sua irrimediabile obsolescenza, risultando oggi inammissibile l'attribuzione al bene dell'onore di un rango superiore a quello riconosciuto alle fattispecie dedicate alla tutela delle libertà variamente declinate nel capo III. Negli intendimenti del legislatore del 1930 questa costruzione non si fondava certamente sul disvalore dei fatti sanzionati, giacché le sanzioni stabilite per i reati di ingiuria e diffamazione, che nel testo originario del codice esaurivano il capo in esame, consistevano nella pena alternativa della reclusione o della multa; il risalto sistematico attribuito al bene dell'onore si spiega considerando che esso veniva utilizzato al fine di caratterizzare specifiche fattispecie di aborto, infanticidio, omicidio e lesioni e abbandono di neonati (artt. 551, 578, 587 e 592), sotto il segno di straordinari abbattimenti di pena rispetto alle incriminazioni generali (v. cap. III, sez. I, § 6).

Gli artt. 551, 587 e 592 sono stati però abrogati, mentre l'art. 578 è stato radicalmente modificato; inoltre, dei due reati collocati nel capo II, oggi sopravvive solo il reato di diffamazione. La difficoltà di giustificare la previsione di un apposito capo per la diffamazione, unita alla considerazione della dimensione non solo individuale ma anche sociale oggi attribuita alla nozione di onore, induce a ritenere che tale reato potrebbe confluire all'interno di una sezione collocata immediatamente dopo quella dedicata ai delitti contro la libertà morale e denominata come «Delitti contro il rispetto», nella quale comprendere pure i reati contro il sentimento religioso e contro la pietà dei defunti.

Quanto al **capo III** è sufficiente rilevare che, se già in origine la distinzione tra personalità individuale e libertà personale e morale appariva venata da note di arbitrarietà (rafforzate dal successivo inserimento, tra i delitti contro la libertà personale, degli illeciti penali contro la libertà sessuale, prima collocati tra i delitti contro la moralità pubblica e il buon costume), gli interventi additivi del legislatore hanno esaltato l'assenza di contenuti omogenei e razionali all'interno delle varie sezioni. In particolare, appare oscuro il significato oggi attribuibile alla nozione di **personalità individuale** (sezione I), cui sono riferiti i reati più eterogenei in quanto lesivi sia della libertà materiale che dello sviluppo della personalità e, almeno come presupposto, dell'integrità fisica nel caso del traffico di organi prelevati da persona vivente (art. 601-*bis*). Né le cose vanno meglio sul fronte della **libertà personale** (sezione II), concernente abusi funzionali sulla persona e sulle cose (che più propriamente dovrebbero comparire tra i delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.), fatti privativi della libertà fisica e fatti offensivi anche della personalità sessuale, i quali ultimi certamente meritano – insieme agli artt. 600 *bis*-600

septies.², collocati tra i delitti contro la personalità individuale – una collocazione autonoma, riferita alla personalità sessuale. Analogamente, infine, va detto per la **libertà morale** (sezione III), la cui approssimazione concettuale è stata sublimata dall’inserimento dei reati in tema di tortura (artt. 613-*bis* s.).

Già le scarse considerazioni fin qui svolte dimostrano come, in parte per i mutamenti ideologici connessi al passaggio del tempo, in parte a causa delle disordinate e confuse iniziative del legislatore, sia divenuto ormai inutile infierire sul codice vigente. Che una sua generale riscrittura sia improcrastinabile e che il titolo dedicato ai delitti contro la persona richieda non parziali aggiustamenti, bensì una piena rifondazione, non può dubitarsi; le più forti perplessità insorgono invece sulla capacità del Parlamento di cimentarsi in un’opera così ambiziosa.

3. La nozione di “uomo”

La nozione di uomo si identifica con quella di **essere umano vivente**: a nulla rilevano le attitudini alla vita (con il superamento della connessa distinzione tra vivo e vitale) o le caratteristiche della persona (deformità, mostruosità o gravi patologie funzionali), richiedendosi solo che si tratti di un soggetto in vita nel momento di realizzazione della condotta. Neppure può riconoscersi un qualsiasi significato alla ridotta aspettativa di vita: se l’omicidio consiste nel cagionare «la morte di un uomo» (art. 575), il fatto è indifferentemente ravvisabile anche nei confronti del moribondo, la cui morte sia stata apprezzabilmente anticipata. Tale conclusione – sul piano causale convalidata dal criterio dell’evento *hic et nunc* ai fini dell’accertamento della rilevanza della condotta – rinviene il proprio fondamento nel **supremo valore della vita umana**, ogni cui attimo merita protezione normativa contro le offese esterne.

Allo scopo di stabilire la rilevanza penale del fatto, ovvero al fine di caratterizzare gli ambiti operativi delle fattispecie in tema di omicidio, infanticidio e aborto, occorre rispettivamente individuare il momento conclusivo della vita e quello di assunzione della qualità di uomo ai fini del diritto penale.

Il primo profilo è regolato dalla legge e non suscita pertanto problemi definitivi. L’art. 1, l. 29 dicembre 1993, n. 578, afferma che «**la morte si identifica con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell’encefalo**»: quando l’encefalo non riceve sangue ossigenato per un intervallo temporale prolungato (in conseguenza di un arresto cardiaco o di un’emorragia o ischemia cerebrale o di un trauma cranico), il definitivo arresto della funzionalità del sistema nervoso centrale segna la perdita della coscienza e quindi della più intima essenza dell’essere umano in quanto tale. A partire da questo momen-

to, le cui modalità di accertamento sono normativamente disciplinate, diviene lecito l'espianto di organi a fini di successivo trapianto.

Passando al momento di acquisto della qualità di uomo, un'importante indicazione è offerta dall'art. 578, che definisce come infanticidio l'uccisione del «neonato immediatamente dopo il parto, o del feto durante il parto». Al di là dell'utilizzo del termine «feto», la sua equiparazione al neonato dimostra che la qualità di uomo, agli effetti penali, spetta al “nascente” che abbia iniziato una vita autonoma, transitando – per via naturale o indotta – dalla **vita intrauterina a quella extrauterina**. Il confine tra le fattispecie in tema di interruzione della gravidanza e l'infanticidio viene così individuato nell'inizio del travaglio, cioè dei dolori derivanti dalla dilatazione del collo dell'utero².

Prima che tale fase abbia inizio è possibile parlare di **vita prenatale**, la cui tutela penale è affidata alle fattispecie incriminatrici in tema di interruzione della gravidanza e di procreazione medicalmente assistita.

3.1. Interruzione della gravidanza e procreazione assistita

L'**interruzione della gravidanza** trovava la sua integrale disciplina nella l. 22 maggio 1978, n. 194³. In conformità a un malinteso principio della riserva di codice (art. 3-*bis*), gli artt. 593-*bis* e 593-*ter* – collocati all'interno di un capo appositamente istituito e denominato «Dei delitti contro la maternità» – oggi sanzionano l'interruzione di gravidanza rispettivamente colposa e non consensuale, mentre l'interruzione realizzata fuori dai presupposti normativi continua a essere disciplinata dall'art. 19, l. n. 194 (v. cap. III, sez. III, § 5).

Al fine di comprendere il senso dell'innovazione, occorre considerare che l'impianto originario del codice del 1930 prevedeva negli artt. 545 ss. una **penalizzazione a tappeto dell'aborto**, praticato su donna non consenziente o procurato dalla donna su sé stessa o addirittura su donna erroneamente ritenuta incinta. Tale criminalizzazione era coerente alla collocazione del reato all'interno del titolo X, denominato «Dei delitti contro la integrità e la sanità della stirpe», mirato a proteggere la politica demografica

²Cass., V, 27539/2019; Cass., IV, 21592/2016; Cass., IV, 7967/2013. V. pure Cass., V, 29 maggio 1981, in *Giust. pen.*, 1982, II, 684, che accoglie il criterio della rottura del sacco amniotico.

³Tra gli altri CASSANI, *La disciplina ecc.*, in CADOPPI ecc., VII, 2011, 553 ss.; EUSEBI, *Aborto, procreazione e fine vita*, in OLIVA-CAPUTO (a cura di), *Itinerari di medicina legale e delle responsabilità in campo sanitario*, 2021, 436 ss.; GALLI-ITALIA-REALMONTE-SPINATRAVERSO, *L'interruzione volontaria della gravidanza*, 1978; MANTOVANI, I, 213 ss.; PADOVANI, *Procreazione (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, 1987, 969 ss.; PULITANÒ, *La vita prenatale e la procreazione assistita*, in PULITANÒ, I, 89 ss.; ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1269 ss.; ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione della gravidanza*, 1992.

del regime fascista e, alla luce delle ulteriori incriminazioni, la salute collettiva per quanto attenesse alla capacità procreativa.

Nonostante l'avvento della Repubblica e il tramonto degli interessi collettivi promossi dal fascismo, questo sistema repressivo resse fino alla **sentenza 18 febbraio 1975, n. 27, della Corte costituzionale**, che dichiarò l'illegittimità dell'art. 546, relativo all'aborto di donna consenziente, «nella parte in cui non prevede che la gravidanza possa venir interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato (...) e non altrimenti evitabile, per la salute della madre». I tempi erano dunque maturi per una rimeditazione sulla tutela penale della maternità, che giunse tre anni dopo con la l. n. 194/1978, che abrogava l'intero titolo X e dettava la disciplina dell'interruzione della gravidanza, articolandola – come è noto – sulla base di cadenze temporali riferite alla gravidanza e di obblighi di accerramento e sostegno psicologico a carico delle istituzioni.

Al di là delle critiche cui è andata incontro la legge (un referendum abrogativo nel 1981 non ebbe successo) e delle ancora vive polemiche, sul **piano strettamente giuridico** – cioè non religioso e neppure riconducibile a una specifica morale – presenta ancora attualità l'impostazione adottata in quella sentenza dalla Corte costituzionale: «l'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito può venire in collisione con altri beni che godono pur essi di tutela costituzionale e, di conseguenza, la legge non può dare al primo una prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi adeguata protezione. (...) Ora, non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare». In altre parole, la vita prenatale è diversa dalla vita autonoma avviata attraverso la nascita e la l. n. 194 non vuole neppure sfiorare il **problema della moralità dell'aborto**: come bene si è detto, «è la valutazione d'insostenibilità della coercizione giuridica, e non una valutazione etica sulla scelta abortiva, il punto di vista dal quale la legge del 1978 è stata costruita»⁴.

Risalendo alla fase iniziale di sviluppo della vita umana, le tecniche di fecondazione artificiale, create dall'evoluzione tecnologica e scientifica, hanno determinato l'esigenza di una disciplina normativa volta ad evitare abusi e distorsioni.

A differenza della legge sull'aborto, intervenuta allo scopo di aprire spazi di libertà in favore della donna, rispetto all'impostazione repressiva a quel tempo vigente, la l. 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di **procreazione medicalmente assistita**, si è caratterizzata per il suo intento di introdurre regole e limiti a tute-

⁴PULITANÒ, *La vita prenatale*, cit., 98.

la dell'embrione e della salute della donna⁵. Tale impostazione emerge con chiarezza dall'art. 1: «è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito».

Limitando l'attenzione al piano sanzionatorio (artt. 12-14), un fitto e rigoroso sistema di illeciti amministrativi presidia le violazioni della disciplina dell'accesso alle tecniche di procreazione, mentre la clonazione di esseri umani, la commercializzazione di gameti o embrioni o di surrogazione di maternità, la sperimentazione su embrioni umani e la loro crioconservazione e soppressione sono tipizzate come illeciti penali e severamente punite.

Alla l. n. 40 era estraneo un vero **bilanciamento di interessi**: ispirata dall'intento di vietare e reprimere, essa teneva in scarso conto gli interessi della donna, stabilendo – con il presidio di sanzioni penali – un rigido limite numerico alla produzione degli embrioni e un correlativo obbligo di impianto sulla donna (art. 14). Lo scopo di impedire la produzione di embrioni non destinati all'impianto e quindi suscettibili di sperimentazione o commercializzazione – donde anche il generale divieto di crioconservazione – si traduceva però in un **potenziale sacrificio della donna**, accrescendo la possibilità di ulteriori cicli di stimolazione ovarica, in caso di insuccesso del primo impianto, con il rischio delle patologie collegate. Non solo: precludendo al medico qualsiasi riduzione embrionaria selettiva, legata al caso concreto, la legge creava il pericolo di gravidanze plurime, con **pregiudizio per la salute del-**

⁵ Tra gli altri BARTOLI, *La totale irrazionalità di un divieto assoluto ecc.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 90 ss.; BUZZI-TASSI, *La procreazione medicalmente assistita*, 2011; CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, 2015; CONSORTE, *La disciplina della procreazione medicalmente assistita*, in CADOPPI ecc., VII, 2011, 623 ss.; DI GIOVINE, *Procreazione assistita ecc.*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 913 ss.; DOLCINI, *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello Stato ecc.*, in *Dir. pen. cont.*, 27-11-2013; ID., *La lunga marcia della fecondazione assistita*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 428 ss.; ID., *Fecondazione assistita e diritto penale*, 2008; EUSEBI, *Problemi aperti circa le condotte incidenti sulla vita umana*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 860 ss.; FERRATO, *La tutela penale del diritto a nascere*, 2017; FLAMIGNI-MORI, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita*, 2005; LA ROSA, *Il divieto "irragionevole" ecc.*, in *Giur. it.*, 2014, 2287 ss.; MANNA, *La tutela penale della vita in fieri ecc.*, in *Leg. pen.*, 2005, 245 ss.; MANTOVANI, *Surrogazione di maternità ecc.*, in *Dir. pen. cont.*, 2021, n. 2, 30 ss.; RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione ecc.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 674 ss.; SANFILIPPO, *L'esitazione della Consulta ecc.*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1199 ss.; SUMMERER, *Le nuove frontiere della tutela penale della vita prenatale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1245 ss.; TIGANO, *Il delitto di surrogazione di maternità ecc.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 1043 ss.; ID., *Resta il limite di accesso ecc.*, *ivi*, 2020, 631 ss.; ID., *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, 2019; VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, 2012; ID., *Gli ultimi fantasmi della legge '40 ecc.*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 64 ss.

la donna e anche del nascituro⁶. Si comprendono così i ripetuti interventi correttivi della Corte costituzionale.

Il primo risale alla sentenza **n. 151/2009**, che dichiara l'illegittimità dell'art. 14, commi 2 e 3 laddove stabiliscono la formazione di un numero massimo di tre embrioni da impiantare contestualmente e sulla base di un unico protocollo che non prevede come limite l'esclusione di ogni pregiudizio per la salute della donna. Il secondo intervento si ha con la sentenza **n. 162/2014**, che – ravvisando una lesione della libertà fondamentale della coppia a formare una famiglia con figli – afferma l'illegittimità del divieto, sanzionato dal comma 1 dell'art. 12, di ricorrere a tecniche di procreazione penalmente assistita di tipo eterologo quando sia stata diagnosticata una patologia fonte di sterilità o infertilità assolute e irreversibili. A brevissima distanza temporale, la sentenza **96/2015** sancisce l'illegittimità degli artt. 1 e 4 nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili e, di lì a poco, una nuova sentenza – la **229/2015** – dichiara l'incostituzionalità dell'art. 13, commi 3 e 4 laddove incrimina la selezione di embrioni, anche quando finalizzata a evitare il trasferimento nell'utero della donna di embrioni affetti da gravi malattie genetiche trasmissibili⁷.

Invero, dinanzi a un incessante sviluppo tecnologico e scientifico delle tecniche procreative, che dava corpo ai più inquietanti timori e angosce di tipo etico, il legislatore del 2004 si è preoccupato di introdurre limiti e divieti assoluti, sottraendosi a un bilanciamento con gli interessi della donna e, in parte, dello stesso nascituro. Il cammino intrapreso dalla Corte costituzionale, in nome della ragionevolezza, non si è comunque ancora concluso.

4. Libertà di vivere, consenso informato e diritto di rifiutare le terapie mediche

La centralità della persona nell'ordinamento giuridico implica all'evidenza che essa è bene in sé, **inviolabile e refrattario a qualsiasi strumenta-**

⁶ Il processo procreativo prende avvio con la fecondazione del gamete femminile presente nelle ovaie (ovocita) con il gamete maschile presente nel liquido seminale (spermatozoo), dalla quale deriva lo zigote. Per il caso di una donna anestetizzata contro la sua volontà, con conseguente prelievo di sei ovociti dall'utero, la Cassazione ha escluso la configurabilità della rapina a causa dell'impossibilità di qualificare come cosa mobile parti del corpo umano finché sia in vita il suo titolare, ravvisando la violenza privata *ex art. 610* (Cass., sez. fer., 39541/2016).

⁷ Corte cost. 84/2016 ha invece dichiarato inammissibili le questioni relative all'irrevocabilità del consenso della donna dopo la fecondazione dell'ovulo e al divieto di ricerca scientifica sugli embrioni non impiantabili perché affetti da anomalie. Sul divieto di commercializzazione di gameti o embrioni (art. 12, comma 6, l. n. 40) Cass., III, 36221/2019.

lizzazione⁸. Per quanto ancora talvolta affiorino nei dibattiti in materia, le teorie che vorrebbero funzionalizzare la vita degli individui a interessi terreni superiori (patria o società) sono state irrimediabilmente condannate dalla storia, mentre quelle che affermano l'appartenenza della vita a Dio, che ce l'ha donata e ne è dunque originario titolare, vanno propriamente collocate nella sfera religiosa: oggi non deve più dubitarsi che ogni singolo essere umano costituisce un valore che, sul piano politico e delle leggi civili, non può mai essere asservito a ulteriori fini. È vero che lo Stato si può fare carico della tutela della vita dei singoli sanzionando anche la loro uccisione su richiesta o previo consenso dell'interessato nonché l'istigazione e l'aiuto al suicidio (artt. 579 e 580), così come doveri di natura solidaristica impongono di prestare assistenza anche a chi abbia posto in essere un tentativo suicidario (art. 593): questa rete di divieti e di obblighi non vale però a mutare il senso e il valore della vita umana, che mantiene la sua dimensione esclusivamente individuale e respinge qualsiasi accezione utilitaristica.

Nondimeno, nei temi bioetici ancora oggi è viva l'alternativa tra la **vita come diritto o dovere**. Ai fini di una corretta impostazione sul piano normativo occorre procedere per gradi.

Se la vita fosse un dovere, sarebbe pienamente conseguenziale l'adozione di sanzioni civili e morali nei confronti del suicida e dei suoi familiari e di sanzioni penali per colui che, senza riuscirvi, abbia tentato il suicidio. Una siffatta soluzione era ancora diffusa nel XVIII secolo, quando la titolarità della vita del singolo individuo era terreno di contesa tra Dio e il sovrano, ma ha perso progressivamente fondamento. Al di là di ogni implicazione religiosa e filosofica, nel vigente sistema penale l'impunità del **suicidio** e del tentato suicidio consentono di affermare che la vita umana non corrisponde certamente all'idea di un obbligo. Più delicata, caso mai, è la questione se il suicidio possa essere tecnicamente qualificato alla stregua di un diritto: se così fosse, dovrebbe coerentemente affermarsi un dovere per le istituzioni di apprestare ogni mezzo per l'esercizio del diritto e un correlativo dovere di non intervento da parte di ogni altro consociato, mentre l'opposta soluzione è accolta, come vedremo, nel codice penale. La conclusione è che il suicidio rinvia alla sfera delle **facoltà** riconosciute dall'ordinamento giuridico, non elevate al rango di un vero e proprio diritto e anzi oggetto di disapprovazione da parte dell'ordinamento, che incrimina ogni forma di creazione, rafforzamento o agevolazione di propositi suicidari.

Il problema della vita come diritto o come obbligo trova comunque il suo **vero banco di prova** nella situazione di chi rifiuta le terapie mediche necessarie alla sopravvivenza ovvero ne richiede la cessazione. Qui l'alternativa è talmente

⁸ Per indicazioni bibliografiche sui temi affrontati si rinvia al cap. III, sez. I, § 3.

netta da non ammettere incertezze, poiché il riconoscimento del diritto di non curarsi si riflette nella disponibilità della vita da parte del suo titolare, mentre la negazione di tale diritto sottende un obbligo di vivere. Ai fini della soluzione, non si trascuri che un obbligo di vivere imposto al soggetto (s'intende: capace di intendere e volere) nel suo esclusivo interesse si contraddice da sé, mentre la sua funzionalizzazione a interessi collettivi potrebbe logicamente consentire ulteriori estensioni, fino a comprendere anche un obbligo di benessere fisico, nella prospettiva di un elevato "rendimento" dell'individuo.

Già l'**art. 32, comma 2, Cost.** sul punto risulta però assolutamente chiaro: «Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge». Ciò significa che la scelta di curarsi o non curarsi spetta esclusivamente all'individuo, capace di intendere e volere, e che nessuno può a lui sostituirsi nella decisione: neppure il sanitario, la cui opera terapeutica necessita sempre del consenso informato del paziente.

Il rapporto fra terapeuta e paziente ruota infatti intorno al consenso informato. Alla luce di quanto ora si dirà, non è certo casuale che l'**art. 1, l. 22 dicembre 2017, n. 219** («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»), dichiarò di tutelare «il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona»: poiché i valori della vita e della salute, una volta qualificati come diritti, evocano necessariamente i valori della dignità e dell'autodeterminazione. In sostanza, come precisa lo stesso art. 1, «nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del **consenso libero e informato** della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge».

Il **rifiuto delle cure** costituisce dunque una semplice declinazione dei diritti alla dignità e all'autodeterminazione, la cui violazione implica una responsabilità del sanitario per violenza privata (art. 610) se egli ricorre a violenza per costringere la persona a subire un trattamento, per stato d'incapacità procurato (art. 613) se, contro la volontà del malato, lo pone in stato di incapacità mediante anestesia generale, per sequestro di persona (art. 605) se il paziente viene privato della libertà personale, per lesioni (art. 582) se l'intervento viene praticato, nonostante il rifiuto dell'interessato, in assenza di un fine terapeutico. Ciò che vale per una terapia ancora da iniziare deve valere anche per le cure già intraprese, delle quali il paziente chiede la **cessazione**: il comma 5 dell'art. 1 già citato sancisce infatti che ogni persona «ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento (...) il consenso prestato, anche quando la revoca importi l'interruzione del trattamento».

Un particolare problema si pone quando l'interruzione del trattamento non consista nella mera omissione della terapia, ma richieda un'**azione positiva di distacco** del malato da un macchinario di sostentamento vitale (ad es., la macchina cuore-polmoni). Sebbene qui la cessazione della terapia rappre-

senti la causa diretta della morte del paziente, il comma 6 dell'art. 1 previene ogni possibile addebito statuendo che il medico, il quale asseconda la volontà del malato interrompendo una terapia salvavita e così provocandone la morte, «è **esente da responsabilità civile o penale**»⁹. La centralità dell'autonomia decisionale del paziente in ordine alle scelte curative vale così a ridefinire la **posizione di garanzia del medico**, il quale ha il dovere di informare il paziente sulle sue condizioni di salute e sulle terapie in modo completo, aggiornato e comprensibile e di rispettare le sue scelte purché compatibili con la deontologia professionale e le buone pratiche clinico-assistenziali, eventualmente apprestando le cure necessarie.

A questo punto possiamo concludere. La **facoltà di morire per mano propria e il diritto di morire senza curarsi** trovano riconoscimento, implicito ed esplicito, nella legge (vedremo più avanti, invece, che l'art. 580 sanziona l'istigazione e l'aiuto al suicidio e l'art. 579 punisce l'omicidio del consenziente). Occorre però distinguere fra suicidio e tentativo di suicidio e rifiuto delle cure: il suicidio e il suo tentativo costituiscono atti leciti, dai quali cioè non può derivare nessuna conseguenza giuridica pregiudizievole nei confronti dell'interessato¹⁰, sebbene la loro liceità rinvii alla categoria non dei diritti, ma delle facoltà attribuite all'individuo e tollerate dallo Stato. Nella categoria dei diritti rientra invece il rifiuto delle cure, da iniziare o già in atto, da parte del malato che rispettivamente lo dichiara o lo richiama nella piena coscienza anche degli effetti del dissenso da lui manifestato: così stabilisce in generale l'art. 32, comma 2, Cost. e così ribadisce l'art. 1, comma 5, l. n. 219/2017. Va da sé che questo esito rappresenta una conseguenza del principio di autodeterminazione all'interno di un diritto penale laico e secolarizzato. Abbandonando il piano giuridico dell'argomentazione, deve però con forza auspicarsi un impegno collettivo e una seria politica sociale contro le ragioni che inducono a una scelta di morte: altrimenti, elevando a valore primario un diritto individuale circondato dall'altrui indifferenza, sarà stato avviato un processo di distruzione.

⁹Cfr. sul punto Corte cost. 242/2019: «il fondamentale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari – anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnata dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore)».

¹⁰Cons. Stato, IV, 2806/2008: «nell'ordinamento vigente nessuna autorità, né giurisdizionale, né amministrativa, può formulare un giudizio di rimprovero nei confronti di chi tenta il suicidio (...). Nessuna norma consente, in sede giurisdizionale o amministrativa, di disporre una sanzione o di formulare un giudizio di esecrazione, di biasimo o di rimprovero nei confronti di chi abbia tentato il suicidio».

Ancora una parola. Finora abbiamo esaminato casi in cui il malato esprime la propria attuale volontà in ordine al rifiuto o all'interruzione delle terapie. Cosa succede se il malato non è più in grado di autodeterminarsi, in quanto – in conseguenza di incidenti, malattie del sistema nervoso centrale, alterazioni del metabolismo – ha perduto la coscienza, entrando in stato vegetativo?

A questo scopo provvedono le **Dichiarazioni anticipate di trattamento**¹¹. Disciplinate dalla medesima l. n. 219/2017, esse consentono alle persone maggiorenni e capaci di intendere e volere, per il caso di futura incapacità di autodeterminarsi, di esprimere le proprie volontà in materia di terapie mediche nonché il consenso o il rifiuto su specifici accertamenti diagnostici o trattamenti sanitari. Prescindendo qui dalle modalità di redazione e deposito delle Dichiarazioni, va segnalato che il disponente può indicare un **fiduciario** che lo rappresenterà nelle relazioni con il medico e la struttura sanitaria e che il medico è vincolato al rispetto delle Dichiarazioni, salvo i casi di loro palese incongruità o non corrispondenza alla condizione clinica del paziente o di ricorso a terapie adeguate non prevedibili al tempo della sottoscrizione delle Dichiarazioni. In caso di disaccordo tra il medico e il fiduciario (o, in assenza di questi, l'amministratore di sostegno), la decisione è rimessa al giudice tutelare.

4.1. *Trattamento arbitrario e responsabilità del medico*

Il tema appena discusso non può certo ritenersi esaurito e il dibattito in corso non accenna a perdere di intensità. Come tutti i problemi attinenti alla dimensione esistenziale e per tale ragione intrisi di componenti filosofiche, politiche, sociali, etiche, religiose prima ancora che giuridiche, esso non cesserà mai di suscitare il più vivo interesse; il solo auspicio proponibile è che il terreno della controversia, ove esso sia attestato sul piano giuridico, si caratterizzi nel senso della **laicità**¹².

¹¹ Prima della l. n. 219 a livello normativo esisteva un vuoto assoluto, posto in luce nella sua drammaticità dai casi di Eluana Englaro e Piergiorgio Welby: oltre Cass. civ., I, 21748/2007, tra gli altri BARBIERI, *Stato vegetativo permanente* ecc., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 389 ss.; EUSEBI, *Il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento*, in OLIVA-CAPUTO (a cura di), *Itinerari di medicina legale*, cit., 418 ss.; IADECOLA-FIORI, *La Cassazione civile si pronuncia* ecc., in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 607 ss.; MORI, *Il caso Eluana Englaro*, 2008; PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 1217 ss.; ROMBOLI, *Il caso Englaro* ecc., in *Quad. cost.*, 2009, n. 1, 91 ss.; SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby* ecc., in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1561 ss.; VIGANÒ, *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, *ivi*, 2008, 1035 ss.

¹² Tra gli altri, sullo sterminato argomento, CANESTRARI (a cura di), *Laicità e diritto*, 2007; ID., *Principi di biodiritto penale*, 2015; CARDONE-CROCE (a cura di), *30 anni di laicità dello*

Tornando appunto ai profili giuridici del rapporto tra medico e paziente, si tratta di approfondire la responsabilità del sanitario per il caso di **trattamento effettuato in assenza di un previo consenso**. Avvertiamo subito che la piena comprensione delle questioni ora affrontate richiede nozioni che saranno illustrate nei capitoli successivi; qui l'attenzione si concentra sull'istituto del consenso all'atto medico, oggetto di un'articolata evoluzione giurisprudenziale intorno al ruolo del consenso medesimo come presupposto di legittimità dell'atto medico e sul significato di quest'ultimo sul piano della tipicità e dell'antigiuridicità delle fattispecie di omicidio e lesioni.

Il primo atto (a) risale al 1992, quando con grande scalpore la Cassazione conferma la condanna per **omicidio preterintenzionale** (art. 584) di un chirurgo che aveva proceduto a un'operazione particolarmente invasiva su un'anziana paziente, deceduta in seguito alle complicanze sopravvenute, che aveva però prestato il proprio consenso per un diverso e assai meno devastante intervento. Ad avviso dei giudici, il fatto del chirurgo integra oggettivamente il delitto di lesioni (art. 582) e l'assenza del consenso lo rende anti-giuridico, mentre il dolo prescinde da qualsiasi fine specifico, esaurendosi nella rappresentazione e volontà di cagionare una lesione senza averne diritto e in assenza di necessità.

La soluzione ora riferita si fonda sull'idea che sul piano oggettivo, malgrado lo scopo terapeutico, l'atto medico integra una lesione che può essere scriminata dal consenso del paziente ma, in assenza di esso e in caso di esito infausto dell'intervento, determina la responsabilità penale del sanitario. Nel 2001, in presenza di un caso assai simile al precedente (la paziente aveva espresso il consenso all'asportazione di una cisti ovarica ma, in corso di intervento, il chirurgo scopre una massa tumorale che decide di rimuovere, insieme all'intero utero, con successiva morte della donna per complicanze postoperatorie), la Cassazione (b) muta però rotta, condannando il medico solo per **omicidio colposo**, a causa dell'imperizia riscontrata nella sua condotta; i giudici infatti ora escludono che gli atti del sanitario fossero diretti a cagionare una lesione in quanto chiaramente ispirati da un fine curativo, venendo così a mancare la base dell'art. 584 in rapporto all'art. 582.

Passa solo un anno e, in un caso analogo di operazione eseguita senza il consenso del paziente, (c) la Suprema Corte conferma la **sentenza di assolu-**

Stato: fu vera gloria?, 2021; CERETTI-GARLATI (a cura di), *Laicità e Stato di diritto*, 2007; DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico?*, 2009; DOLCINI, *Appunti in tema di laicità e diritto penale*, in *Politeia*, 2020 (140), 3 ss.; FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1383 ss.; FORNERO, *Laicità forte e laicità debole*, 2008; PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, *ivi*, 2006, 55 ss.; RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire"*, 2008; RODOTÀ, *Perché laico*, 2010; ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religione, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 493 ss.

zione del chirurgo, considerando che il suo operato professionale, purché adeguato alle regole della scienza e della tecnica medica, trova legittimazione in sé stesso a prescindere dall'esito fausto o infausto, anche in caso di assenza di consenso (ma salvo l'espresso dissenso): il medico che esegue correttamente il trattamento terapeutico esercita infatti un'attività autorizzata e disciplinata dallo Stato e conforme all'art. 32 Cost.

Riepilogando: la soluzione *sub a*) riconduce l'atto medico-chirurgico al delitto di lesioni, ravvisando la sua anti giuridicità nell'assenza del consenso; la soluzione *sub b*) nega la configurabilità dell'art. 582 per l'atto medico a causa dello scopo terapeutico; la soluzione *sub c*) abbandona il piano dell'anti giuridicità e attribuisce rilievo solo all'espresso dissenso o al perseguimento di scopi non terapeutici, ad es. economici o sperimentali.

A questo punto – siamo nel 2002 – si delineano due contrastanti orientamenti all'interno della Corte di Cassazione. In particolare, talune sentenze pongono il consenso informato del paziente come **indefettibile presupposto di liceità dell'atto medico**, destinato altrimenti ad assumere rilevanza penale a causa della sua arbitrarietà, salvo i casi di stato di necessità o di trattamenti obbligatori; altre sentenze, invece, attribuiscono tali effetti solo all'**espresso dissenso**, che assume un significato vincolante nei confronti del medico, altrimenti legittimato a ogni trattamento necessario alla salute del paziente a causa dell'utilità sociale dell'attività esercitata e indipendentemente dalla ricorrenza di scriminanti.

Giungiamo così (*d*), nel 2008, alla sentenza delle Sezioni Unite, che vede come imputato un medico, accusato di avere eseguito su una paziente un intervento demolitorio corretto e anche necessario, ma non consentito previamente dalla donna nonostante risultasse probabile fin dall'inizio. Il trattamento, dunque, era stato eseguito nel rispetto delle regole dell'arte, aveva avuto esito fausto ma non era fondato sul consenso dell'interessato. Con un'argomentazione non proprio lineare, i giudici dapprima fondano l'attività sanitaria non sull'art. 50 ma «direttamente nelle norme costituzionali, che, appunto, tratteggiano il bene della salute come diritto fondamentale dell'individuo» e al contempo affermano la centralità del consenso informato come imprescindibile requisito di giustificazione del trattamento sanitario; quindi escludono la tipicità del reato di lesioni quando l'atto operatorio abbia prodotto un beneficio per la salute; successivamente riconoscono che solo l'espresso dissenso del paziente configura le lesioni, a prescindere dall'esito fausto o infausto dell'operazione. La conseguenza consiste nell'esclusione del reato di cui all'art. 582 nei casi di consenso ma anche di mancato consenso (che è cosa diversa dal rifiuto esplicitato), quando comunque possa ravvisarsi un esito fausto dell'operazione¹³.

¹³ Le pronunce di riferimento sono: per (*a*) Cass., V, 5639/1992; per (*b*) Cass., IV,

Possiamo fermarci qui, poiché gli arresti giurisprudenziali successivi si sono mossi all'interno degli indirizzi ora esposti, fino a quando il quadro normativo non è stato modificato dalla l. n. 219/2017 sul consenso informato. In sostanza, dalla ricostruzione operata emerge la differente valenza attribuita dalla Cassazione ai casi di espresso rifiuto, rispetto alla mancanza di consenso, e all'**esito fausto o infausto dell'intervento**. Su queste distinzioni insorgono perplessità.

Quanto alla contrapposizione tra mancanza di consenso ed espresso rifiuto, al di là delle situazioni di necessità giustificate dall'art. 54 o dall'art. 51 (v. art. 1, comma 7, l. n. 219/2017), laddove l'insorgenza del fattore di pericolo fosse prevedibile prima dell'operazione e il medico non si sia attivato per ottenere il consenso, l'accento posto sull'assenza di un espresso rifiuto annulla il diritto di autodeterminazione del paziente e correlativamente vanifica il suo diritto a essere adeguatamente informato. Rispetto invece alla differenziazione tra esito fausto e infausto, esso non può dipendere da una nozione oggettiva di salute, così imposta al malato, poiché il diritto di autodeterminazione al contrario rinvia a un'accezione soggettiva della salute, che il medico è tenuto in ogni caso a rispettare. Né va trascurata la difficoltà di escludere il dolo di lesioni alla luce di una finalità (nella specie, terapeutica) della quale l'art. 582 non reca traccia e la cui esigenza viene solitamente negata dalla giurisprudenza all'infuori dell'ambito sanitario¹⁴.

Come si vede, il quadro complessivo risulta molto delicato, trattandosi di trovare la giusta via per tutelare sia l'attività sanitaria che la volontà del paziente.

Non certo per esaurire il problema, ma solo per lumeggiarne uno specifico profilo, spostiamo infine l'attenzione sui casi di dissenso a uno specifico trattamento, che però il medico disattende per ragioni di necessità. La situazione più ricorrente è quella del **rifiuto di emotrasfusione** opposto dai testimoni di Geova per motivi religiosi, cui il sanitario non si conforma laddove lo ritenga necessario per salvare la vita del paziente sotto sedazione nel corso dell'intervento. Oggi l'art. 1, l. n. 219/2017 non dovrebbe consentire incertezze nell'affermare l'antigiuridicità del comportamento del medico dinanzi al rifiuto, informato e consapevole, da parte dell'interessato, almeno quando risulti la certezza dell'attualità di tale rifiuto e dunque la sua persistente vali-

28132/2001; per (c) Cass., I, 26446/2002 e per (d) Cass., S.U., 2437/2009. Un'attenta sintesi dell'evoluzione giurisprudenziale in materia è in Cass., IV, 34521/2010.

¹⁴La giurisprudenza aderisce a una nozione ontologica dell'atto medico, correlata alla finalità terapeutica, negandone la sussistenza rispetto al chirurgo che agisce per fini scientifici, dimostrativi, didattici, esibizionistici o di natura estetica non accettati dal paziente: così Cass., V, 34893/2020.

dità. La soluzione appena enunciata implica, ovviamente, una supremazia della volontà del malato che esclude per il sanitario il ricorso allo stato di necessità e soprattutto impedisce la penosa ipocrisia di un dissenso che resta valido fin quando il malato, perdendo conoscenza, torna a essere sottoposto alla volontà del medico. Pur nella comprensione della difficoltà del medico, costretto a subire la decisione del paziente astenendosi dal salvarlo, come imporrebbe la sua etica professionale, qui emerge come valore antinomico la primazia del diritto di autodeterminazione¹⁵.

5. La rilevanza del consenso nei delitti contro la persona e l'art. 5 c.c.

In linea generale, il consenso svolge la **duplice funzione** di causa di esclusione del fatto tipico ovvero di causa di giustificazione. Tutto dipende dal ruolo attribuito alla volontà del titolare del bene nell'economia della fattispecie: se l'incriminazione si impernia sull'offesa a tale volontà, il consenso esclude la tipicità; ove invece la protezione dell'interesse si svolge su un piano diverso (es., vita o patrimonio), il consenso assume un valore scriminante.

Considerando le situazioni in cui il consenso elide l'antigiuridicità del fatto, l'art. 50 – come è noto – si limita a richiedere che la lesione o il pericolo per il bene sia preceduta dal «consenso della persona che può validamente disporre». In riferimento ai delitti contro l'integrità fisica fa così il proprio ingresso sulla scena l'**art. 5 c.c.**: «gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume».

Una diffusa dottrina ritiene che la norma appena riferita valga a delimita-

¹⁵ Ovviamente ci si riferisce alle decisioni prese da pazienti adulti e capaci di intendere e volere (sulla posizione di garanzia dei genitori rispetto ai figli minori Cass., V, 6209/2020; Cass., III, 19603/2017; Cass., III, 40663/2015). Un caso particolare, conclusosi con l'annullamento della condanna per omicidio doloso di due genitori, testimoni di Geova, rifiutatisi di far sottoporre la propria figlia talassemica a periodiche trasfusioni di sangue, è in Cass., I, 667/1984. Sotto il quadro normativo previgente Cass. civ., III, 4211/2007, aveva negato il risarcimento dei danni, richiesto da un testimone di Geova al medico che lo aveva sottoposto a una trasfusione di sangue nonostante il suo rifiuto, ritenendo che il sanitario avesse agito nel ragionevole convincimento che il primitivo rifiuto del paziente non fosse più valido ed operante a causa del mutamento del quadro clinico, con imminente pericolo di vita e nell'impossibilità di interpellare il paziente ormai sedato. Questa interpretazione era in linea con la già citata sentenza delle Sezioni Unite del 2008, che escludeva la responsabilità del medico, intervenuto con esito fausto nonostante il dissenso del paziente, osservando che «il concetto di malattia – e di tutela della salute – non può che ricevere una lettura “obiettiva”, quale è quella che deriva dai dettami della scienza medica, che necessariamente prescinde dai diversi parametri di apprezzamento della eventuale parte offesa».

re l'ambito operativo dell'art. 50, ma a questo proposito si impone una particolare cautela.

Contro l'interpretazione che pone l'art. 5 c.c. come la chiave di volta della rilevanza del consenso nei reati contro la persona è possibile muovere un'obiezione di taglio storico, fondata sull'inverosimiglianza che il legislatore del codice penale, così preciso e attento ai profili tecnici, abbia dettato l'art. 50 rappresentandosi una sua necessaria integrazione attraverso una norma che sarebbe giunta ... dodici anni dopo attraverso l'emanazione del codice civile!

Al contrario, come dimostra una vicenda giudiziaria svoltasi nella fase di transizione dal codice penale del 1889 a quello del 1930¹⁶, all'atto della promulgazione di quest'ultimo appariva pacifica la validità del consenso prestato ad atti di disposizione del corpo non produttivi di una **compromissione definitiva** della funzionalità dell'organo o della parte interessata. Questa soluzione si era imposta già prima dell'entrata in vigore del codice civile e si sarebbe mantenuta anche in assenza dell'art. 5 c.c., che dunque, nella prima parte del suo enunciato, si limita ad affermare un principio verosimilmente limitato ai negozi giuridici e comunque già ricavabile dal sistema, che la *Relazione del Ministro Guardasigilli sul codice civile*, n. 26, legava a una nozione di integrità fisica intesa come «condizione essenziale perché l'uomo possa adempiere i suoi doveri verso la società e verso la famiglia».

Viene tuttavia da chiedersi se abbia senso insistere sull'interpretazione dell'espressione «diminuzione permanente della integrità fisica», comunque elaborata sulla base di presupposti ideologici ormai da tempo tramontati, senza considerare le indicazioni offerte dal sistema.

A livello normativo, limitando l'attenzione ai delitti dolosi, va infatti notato che, se l'art. 579 sanziona l'omicidio del consenziente, nessuna incriminazione è prevista per il caso di lesione. Una siffatta scelta era così spiegata nella *Relazione al progetto definitivo di codice penale*, n. 674: «Nel nostro ordinamento giuridico (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 od estetiche, sia per partecipare a manifestazioni sportive e a giochi, dei quali la violenza sia elemento essenziale. (...) La consuetudine, in queste ipotesi, conferisce all'individuo un diritto di disponibilità

¹⁶ Si trattava del caso di uno studente napoletano che, dietro compenso, aveva consentito all'asportazione di una ghiandola sessuale, trapiantata su un soggetto affetto da azoospermia: tratti a giudizio i medici che avevano eseguito l'operazione e il beneficiario di essa, in tutti e tre i gradi l'esito, seppure con differenti argomentazioni, fu assolutorio: Trib. Napoli, 13 dicembre 1931, in *Riv. it. dir. pen.*, 1932, 428 ss.; App. Napoli, 30 aprile 1932, *ivi*, 1932, 757 ss.; Cass., 31 gennaio 1934, in *Foro it.*, 1934, II, 146 ss.

della propria persona, e in conseguenza la facoltà di sottoporsi a talune menomazioni nella sfera della integrità fisica».

In sostanza, senza far cenno a una norma, di là da venire, che sarebbe stata eretta dalla dottrina a insuperabile baluardo contro ogni atto dispositivo del corpo, fonte di diminuzioni permanenti dell'integrità fisica, al legislatore del 1930 era chiaro che la categoria dei beni indisponibili dovesse stabilirsi alla luce del diritto positivo e degli usi sociali. E che di fatto sia così non può dubitarsi, solo che si pensi ai traguardi oggi raggiunti, ad es., dalla chirurgia estetica, fino a giungere agli estremi della c.d. *body art*. Invero, le pratiche di **lesioni operate su soggetti consenzienti** sono estremamente diffuse e, in queste forme ormai socialmente riconosciute e ammesse, nessuno più dubita della loro liceità: se limiti normativi sussistono per la validità del consenso in tema di lesioni, essi discendono dall'art. 5 c.c. nella parte in cui richiama i casi di contrarietà degli atti di disposizione del proprio corpo alla **legge, all'ordine pubblico o al buon costume**.

Al fine di trovare una conferma alla necessità di impostare la valenza scriminante del consenso su basi diverse e ulteriori rispetto all'art. 5 c.c., a titolo esemplificativo prendiamo in considerazione due diversi casi.

Il primo è quello della **sterilizzazione irreversibile volontaria**, cioè non attuata per ragioni terapeutiche. Tale fatto, qualificato come procurata impotenza alla procreazione, era punito dall'art. 552 a carico sia del medico che avesse compiuto atti diretti a rendere la persona impotente alla procreazione, sia dello stesso interessato. La norma, ovviamente finalizzata a prevenire atti di limitazione delle nascite in quanto contrastanti – si affermava sotto il fascismo – con l'interesse e la potenza dello Stato-nazione, era presidiata da una pena, la reclusione da sei mesi a due anni, assai più mite di quella minacciata dall'art. 583 cpv. n. 3, relativo alla lesione gravissima consistente nella perdita della «capacità di procreare», così evidenziando che quell'art. 552 costituiva una deroga alla regola generale dell'impunità delle lesioni consentite dal titolare del bene. Caduto il fascismo e affermatosi nuovi valori, la l. n. 194/1978 aveva abrogato l'intero titolo X, compreso dunque il delitto di procurata impotenza alla procreazione (ciò che peraltro non sorprende, giacché una legge volta a regolamentare l'aborto non poteva mantenere la punibilità di un fatto per così dire “preventivo” rispetto all'aborto e privo di qualsiasi nota di conflitto di interessi). Nondimeno, una parte della dottrina ha ritenuto che la soppressione del reato abbia reso configurabile proprio l'art. 583 cpv. n. 3, poiché l'invalidità ex art. 5 c.c. del consenso prestato impedirebbe di ritenere scriminata la sterilizzazione volontaria. In altre parole, la l. n. 194 avrebbe avuto come conseguenza un forte inasprimento della sanzione prevista nel 1930!

Tale interpretazione è chiaramente errata e la sterilizzazione volontaria ir-

reversibile oggi rientra nell'ambito delle lesioni lecite in quanto consentite. Il problema esposto offre così una conferma dell'avvenuto superamento dell'art. 5 c.c. e della necessità di una sua rilettura costituzionalmente orientata, ove «il problema degli atti di disposizione del proprio corpo non può essere impostato nei termini di un potere di disporre, bensì quale libertà di disporre di sé e sul presupposto del valore unitario e inscindibile della persona»¹⁷.

Il secondo caso riguarda l'ipotesi che taluno, **portatore del virus HIV**, abbia un rapporto sessuale con persona consapevole della malattia e del rischio di contagio: qualora il contagio avvenisse, sarebbe responsabile il portatore del virus per lesioni ed eventualmente per omicidio o al contrario, in funzione scriminante, verrebbe in rilievo il consenso prestato da chi abbia poi contratto il virus? A questo proposito l'art. 5 c.c. ci dà la consueta risposta nel senso dell'invalidità del consenso, ma si tratta di una risposta che non convince per una pluralità di ragioni¹⁸.

Anzitutto, sul piano logico, il rischio rappresentato dalla persona malata, nella prospettiva del contagio, risulta equiparabile al rischio costituito dall'ago della siringa appena utilizzata dalla medesima persona su sé stessa: che taluno decida di avere un rapporto sessuale con quel soggetto o di pungersi deliberatamente con l'ago, la situazione di pericolo si presenta nei medesimi termini anche se, ovviamente, nel secondo caso si tratterebbe di un atto incapace di implicare la responsabilità del portatore del virus.

Sul piano assiologico va invece notato come il fatto di essere portatore di una qualsiasi malattia contagiosa porta con sé l'obbligo giuridico di evitare contatti con terze persone inconsapevoli, ma non si traduce nel dovere di

¹⁷ Così Cass., I, 590/2020, che pone in rilievo il diritto alla salute come diritto di libertà nel quale rientrano «quelle diminuzioni permanenti dell'integrità fisica finalizzate al mantenimento o al ristoro della salute (mutamento di sesso), all'autodeterminazione procreativa (sterilizzazione) o di solidarietà disinteressata (donazione di organi e tessuti)». Al di là dell'approdo restrittivo di tale impostazione, di essa va evidenziata la definizione dell'art. 5 c.c. come «clausola generale», da intendere in una «versione mite (...) che, perciò, non pone limiti ai diritti fondamentali dell'individuo in funzione delle superiori esigenze dello Stato, ma pone limiti all'autonomia dei privati per il rispetto di diritti fondamentali dell'individuo e del consesso sociale». In favore dell'impunità della sterilizzazione volontaria si era già espressa Cass., 18 marzo 1987, in *Cass. pen.*, 1988, 609.

¹⁸ A quanto risulta, la giurisprudenza di legittimità è stata finora interessata solo da casi di trasmissione del virus a persone inconsapevoli: tra le altre Cass., I, 48014/2019; Cass., V, 5597/2015; Cass., V, 8351/2013; Cass., V, 38388/2012; Cass., V, 44712/2008; Cass., I, 30425/2001. In dottrina CASTALDO, *Aids e diritto penale: tra dommatica e politica criminale*, 1990; CORNACCHIA, *Delitti contro l'incolumità individuale*, in CANESTRARI ecc., 561 ss.; PERONE, *L'esposizione da HIV come reato di pericolo ecc.*, in *Cass. pen.*, 2020, 1350 ss.; SEMINARA, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, cit., 207 ss.; SUMMERER, *Aids e diritto penale*, in CANESTRARI (a cura di), *I reati contro la persona*, 2006, 467 ss.

astenersi da ogni relazione umana. In altre parole, se a carico del malato è ipotizzabile l'obbligo di adottare tutte le cautele suggerite dalla scienza medica per escludere il pericolo di trasmissione della malattia, questo obbligo cessa in caso di volontaria esposizione al rischio da parte di persona correttamente informata e capace di determinarsi: qui ricorre una consapevole autoesposizione al pericolo che, privando il malato del dominio del fatto, esclude per lui ogni posizione di garanzia.

Sul piano storico, infine, va notato che nel titolo X del codice penale figurava un art. 554 che puniva con la reclusione da uno a tre anni, su querela della persona offesa, «chiunque, essendo affetto da sifilide e occultando il suo stato, compie su taluno atti tali da cagionargli il pericolo di contagio, (...) se il contagio avviene». Così affermava sul punto – rivelando uno spirito liberale davvero sorprendente – la *Relazione al progetto definitivo di codice penale*, n. 677: «L'occultamento del proprio stato, richiesto per la punibilità del fatto, importa che la conoscenza della esposizione a pericolo da parte del soggetto passivo ed il suo consenso escludano il carattere delittuoso del fatto».