



LA RILEVANZA DELLA VOLONTÀ E LA CENTRALITÀ DELLA SFERA PIÙ INTIMA DELL'INDIVIDUO NEL SISTEMA PENALE: DALL'AUTORE DEL REATO ALLA VITTIMA

di Fabio PAGANA*

ABSTRACT

L'articolo offre una ricostruzione del ruolo della volontà nel sistema penale volta a dimostrare l'attenzione del legislatore alla sfera intima dell'individuo, sia come autore del reato che come vittima. Il lavoro evidenzia, anche attraverso una ricognizione delle più rilevanti pronunce della Corte di Cassazione, la rilevanza proteiforme della volontà, da elemento costitutivo dell'illecito penale a criterio di imputazione soggettiva dello stesso, a scriminante e, persino, nel caso dell'attività dell'operatore sanitario, a fondamento costituzionale della liceità della predetta attività. Inevitabili le ricadute processuali in termini di difficoltà di accertamento e di conseguente onere motivazionale del giudice.

SOMMARIO

1. Premessa.....	1
2. La volontà del soggetto agente: nozione di dolo e rapporti con la imputabilità	1
3. Le forme del dolo	5
4. L'accertamento processuale del dolo	7
5. La volontà come elemento circostanziale.....	8
6. La volontà come elemento di commisurazione della pena.....	11
7. La volontà della vittima del reato come elemento costitutivo della fattispecie penale.....	12
8. La volontà della persona offesa come scriminante.....	15
9. Il consenso nel trattamento sanitario	16
10. Osservazioni conclusive	21

1. PREMESSA

Scopo delle presenti riflessioni è evidenziare il ruolo trasversale e, per questo centrale, della volontà dell'individuo nel nostro sistema penale.

Si tratta, invero, di circostanza che non deve stupire, posta la matrice costituzionale della personalità della responsabilità penale, ma che certo richiede uno sguardo di assieme per poter essere colta a pieno.

Se, infatti, proprio in considerazione del principio di cui all'art. 27 Cost.¹, non può stupire che il legislatore ordinario abbia avvertito sempre la necessità di evitare forme di responsabilità oggettiva, esigendo un collegamento soggettivo tra il fatto - reato e il suo autore, meno scontata risulta la rilevanza della volontà della vittima come elemento costitutivo della fattispecie di reato o come scriminante.

Sarà interessante, allora, a freddo, senza la spinta di una qualche pronuncia o di un qualche intervento normativo da commentare con urgenza, cogliere il *file rouge* che attraversa il nostro ordinamento penale sotto il profilo della rilevanza della volontà, evidenziando, anche, le difficoltà concrete dell'operatore del diritto nel muoversi tra l'astratta previsione normativa e l'accertamento in concreto di un dato volere.

2. LA VOLONTÀ DEL SOGGETTO AGENTE: NOZIONE DI DOLO E RAPPORTI CON LA IMPUTABILITÀ

È del tutto evidente che il primo pensiero, quando si parla di volontà nell' illecito

penale, corre all'autore del reato e ai criteri di imputazione soggettiva della condotta.

È noto, infatti, che in forza del principio costituzionale della personalità della responsabilità penale ognuno può essere chiamato a rispondere del reato solo ove lo abbia materialmente

* Magistrato addetto alla Segreteria Generale del Consiglio Superiore della Magistratura.

¹ Art. 27, primo comma, Cost. "La responsabilità penale è personale": v. A. ALESSANDRI, *Art. 27, 1° comma*, in

ALESSANDRI A. - DOMINIONI O. - FIANDACA G. - MERUSI F. - CLARICH M., *Rapporti civili. Art. 27-28, Commentario della Costituzione* di G.Branca, A. Pizzorusso, Bologna, 1991, p. 6 ss.

commesso e ove la condotta – attiva o omissiva – sia a lui psicologicamente riconducibile, o per colpa – violazione delle regole cautelari – o per espressa volontà – c.d. dolo.

Chi, dunque, si approci al nostro sistema penale, e voglia confrontarsi con la rilevanza che esso attribuisce alla volontà, inevitabilmente si imbatte nel dolo e nelle problematiche che lo riguardano: 1) nozione di dolo; 2) tipologie di dolo; 3) accertamento processuale del dolo.

Ai sensi dell'art. 43 c.p. il delitto è doloso “o secondo l'intenzione quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione o omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione o omissione”.

Il dolo, dunque, come previsione – coscienza – e volontà.

Numerose le pronunce in tal senso nella giurisprudenza di legittimità.

A titolo puramente esemplificativo, in relazione a fattispecie di reato eterogenee tra di loro, si è osservato “Nel delitto di maltrattamenti in famiglia, punito dall'art. 572 cod. pen., il dolo è generico, sicchè non si richiede che l'agente sia animato da alcun fine di maltrattare la vittima, bastando la coscienza e volontà di sottoporre la stessa alla propria condotta abitualmente offensiva”²; ancora “Nel reato di rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro, il dolo è correlato alla **consapevolezza** dell'esistenza di una situazione di pericolo discendente dal funzionamento di un'apparecchiatura, segnale o impianto destinato a prevenire l'infortunio e privo della cautela imposta, e alla **volontà** di accettare il rischio di quest'ultimo, consentendo il funzionamento senza la cautela stessa”³; nello stesso senso “L'elemento soggettivo del reato di appropriazione indebita consiste nella **coscienza e**

volontà di appropriarsi del denaro o della cosa mobile altrui, posseduta a qualsiasi titolo, sapendo di agire senza averne diritto, ed allo scopo di trarre per sé o per altri una qualsiasi illegittima utilità”; “In tema di lesioni personali volontarie, il dolo consiste nella **coscienza e volontà** di procurare una malattia o quantomeno sensazioni dolorose nel soggetto passivo, per cui la responsabilità per tale delitto discende da ogni condotta volontaria idonea a determinare le lesioni, quando sia accompagnata da intenzionalità lesiva. (Fattispecie relativa al reato di lesioni personali aggravate dall'uso di un coltello, in cui la Corte ha precisato che a nulla rileva, in presenza dell'omogeneità dell'evento realizzato rispetto a quello voluto, la diversa regione corporea attinta rispetto a quella verso la quale l'azione era inizialmente diretta)”⁵.

Coscienza e volontà, dunque, dualismo che impone il distinguo tra l'essere in grado di percepire il disvalore di una condotta – coscienza/consapevolezza appunto – e il volerla porre in essere.

La coscienza e la volontà presuppongono, a monte, la capacità di intendere e di volere, vale a dire la c.d. imputabilità del soggetto agente (art. 85 c.p.)⁶.

La predetta capacità postula di fondo due dati: che il soggetto agente abbia compiuto un'età che permetta di qualificarlo come capace di intendere e di volere e che, avendo compiuto tale età, non sia affetto da patologie mentali che escludano, o comunque in qualche misura elidano e riducano, la predetta capacità.

Con riferimento al primo aspetto – compimento di un'età a cui ancorare la capacità di intendere di volere – giova evidenziare che nel nostro ordinamento la presunzione di piena capacità di intendere e di volere viene ancorata al

² Cass., Sez. VI, 8 gennaio 2004, n. 4933.

³ Cass., Sez. I, 1 aprile 2008, n. 17214.

⁴ Cass., Sez. II, 27 marzo 2012, n. 27023.

⁵ Cass., Sez. V, 13 gennaio 2021, n. 8004.

⁶ Di seguito il testo dell'art. 85 c.p. “Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile. È imputabile chi ha la capacità di intendere e di volere”. Per la teoria dell'imputabilità come presupposto della colpevolezza, sostenuto soprattutto dalla concezione normativa della

colpevolezza, v. B. PETROCELLI, *La colpevolezza*, Padova, 1955, p. 11; A. CRESPI, voce *Imputabilità*, in *Enc. Dir.*, vol. XX, Milano, 10970, p. p. 766; F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961, p. 15; E. MORSELLI, *Coscienza e volontà nella teoria del dolo*, in *Arch. Pen.*, 1966, I, 406 ss.; in generale, sul rapporto di inerenza dell'elemento soggettivo (doloso e colposo) al fatto tipico (aspetto obiettivo della condotta), v. ancora E. MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova, 1989, pp. 4 ss., 48 ss.;

compimento della c.d. maggiore età, indenticata, ad oggi, nei 18 anni di vita.

Il legislatore, però, è ben consapevole del fatto, circostanza invero avvalorata dal progresso sociale e culturale e dagli stimoli a cui i minorenni sono sempre più esposti, che una capacità di intendere e di volere può sussistere anche prima dei 18 anni, ma in questo caso essa andrà accertata in concreto e non presunta⁷.

Da qui, ai fini della imputabilità penalistica, un triplice binario: 1) soggetti maggiorenni la cui capacità di intendere e di volere si presume e, dunque, sempre imputabili, salvo che siano dedotti elementi che la escludano o riducano (quali ad. es. patologie); 2) soggetti minorenni - di età compresa tra i diciotto e i quattordici anni che potranno essere imputabili previo accertamento in concreto della loro capacità di intendere e di volere; 3) soggetti che non hanno compiuto neppure i quattordici anni - soglia minima per la imputabilità individuata dallo stesso legislatore - che non saranno mai imputabili - operando una sorta di presunzione inversa di impossibilità che gli stessi possano avere maturato una qualche capacità di intendere e di volere⁸.

È evidente che, se nessun problema si pone in merito all'accertamento del compimento o meno della maggiore età, ancorato da una parte a un dato normativo e, dall'altra, a un dato anagrafico, più problematico l'accertamento delle eventuali patologie mentali, idonee, potenzialmente, ad incidere sulla capacità anche ove, in astratto, sussistente.

Queste, di regola, richiederanno la ricostruzione della storia clinica dell'autore del reato (ove esista, ad esempio, tramite l'acquisizione di documentazione attestante patologie in atto e/o pregresse e relative cure) e, il più delle volte, il

ricorso ad una perizia d'ufficio - un accertamento tecnico demandato ad uno specialista in base alla patologia dedotta e risultante dalla eventuale documentazione⁹.

Ma quali patologie possono rilevare ed in che misura?

In relazione alla prima parte dell'interrogativo - quali patologie possono rilevare - si è sostanzialmente registrata una evoluzione giurisprudenziale che da una rilevanza limitata a malattie mentali si è da ultimo, ormai dai tempo invero ed in modo consolidato, orientata per dare rilievo anche a problematiche non riconducibili a un quadro clinico ben determinato - conclusione che se logicamente comprensibile, occorre dirlo, non semplifica, certo, ad es. il compito del giudice chiamato ad accertare la capacità dell'indagato/imputato.

Con riferimento alla seconda parte dell'interrogativo - in che misura le eventuali patologie possano incidere - è lo stesso legislatore ad indicare le due alternative possibili e le relative conseguenze: a) capacità di intendere e di volere esclusa - il soggetto non sarà imputabile -; b) capacità di intendere e di volere grandemente scemata - il soggetto sarà imputabile e, in caso di condanna, beneficerà di una riduzione di pena.

Soprattutto la prima parte dell'interrogativo impone, però, qualche ulteriore riflessione.

Come detto si è registrata, in via interpretativa, una evoluzione per la quale sulla capacità di intendere e di volere non incidono solo le patologie cliniche accertate ma anche condizioni più "sfumate".

In tal senso il punto di svolta, in giurisprudenza, è stato costituito dalla pronuncia delle Sez. Un. della Corte di Cassazione, del 23 gennaio 2005, n. 9163¹⁰.

⁷ Com'è noto, l'argomento ha sempre formato oggetto di ampio dibattito nella dottrina penalistica: v. già G. SABATINI, *L'azione dell'incapace di intendere o di volere*, in *Riv. pen.*, 1934, p. 466.

⁸ Il sistema di imputabilità è delineato, con riferimento al fattore età, dagli artt. 97 e 98, primo comma, c.p. L'art. 97 c.p. statuisce che "Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i quattordici anni" e l'art. 98, primo comma, c.p. prevede che "È imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto aveva compiuto i quattordici anni, ma non ancora i diciotto, se aveva capacità d'intendere e di volere; ma la pena è diminuita".

⁹ La perizia rappresenta lo strumento essenziale, purché essa si limiti ad offrire solo ed esclusivamente un quadro delle condizioni mentali del soggetto al momento della realizzazione del fatto: G. PONTI, *La perizia sull'imputabilità*, in GULOTTA (a cura di), *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, Milano, 1987, 635; G. PONTI, I. MERZAGORA, *Imputabilità e pratiche della perizia psichiatrica*, in GIANNICCHEDDA, ONGARO BASAGLIA (a cura di), *Psichiatria, tossicodipendenze, perizia. Ricerche su forme di tutela, diritti e modelli di servizio*, Milano, 1987, p. 197.

¹⁰ Pubblicata in *Cass. Pen.*, 2005, p. 1851, con nota di G. FIDELBO, [Le Sezioni unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità](#).

Di seguito i fatti che hanno condotto alla predetta pronuncia.

Verso le ore 4 del 27 dicembre 2001 Giuseppe Raso, dinanzi alla porta della propria abitazione, sul pianerottolo condominiale, esplose due colpi di pistola all'indirizzo di Vittorio Alemanno, che attingevano la vittima all'altezza del collo e della testa, provocandone la morte. Agenti della Polizia di Stato, prontamente intervenuti a seguito di segnalazioni, trovavano Raso ancora con la pistola in pugno, e questi esclamava al loro indirizzo: "Sono stato io, così ha finito di rompere"; alla intimazione di gettare l'arma ed alzare le mani, egli non ottemperava all'invito, continuando a brandire la pistola e rivolgendo minacce agli astanti, compresi alcuni condomini frattanto accorsi dopo gli spari, sicché gli operanti erano costretti ad intervenire con la forza, disarmandolo e immobilizzandolo. Al rumore degli spari, si era destata anche Carla Pochettino, moglie di Alemanno, la quale, accortasi che il marito non si trovava a letto, s'era recata pur ella sul pianerottolo condominiale, al piano inferiore, ed ivi aveva notato il coniuge riverso per terra ed aveva cercato di soccorrerlo; Raso, puntatale contro la pistola, le aveva detto: "ora ammazzo pure te..." e, in un secondo momento, le aveva puntato l'arma contro la tempia.

Il Raso veniva tratto al giudizio del G.I.P. del Tribunale di Roma per rispondere dei reati di cui agli artt. 61, nn. 1, 4 e 5, 575, 577, n. 3; 337; 61, n. 2, 81, 612, 2° c., c.p.

Procedutosi con rito abbreviato, condizionato ad un poi espletato accertamento peritale sulla capacità di intendere e di volere dell'imputato e sulla sua pericolosità, quel giudice, con sentenza del 4 marzo 2003, dichiarava l'imputato medesimo colpevole dei reati ascrittigli, unificati sotto il vincolo della continuazione, riconoscendogli la diminuzione del vizio parziale di mente prevalente sulla contestata aggravante, esclusa la premeditazione e le aggravanti di cui all'art. 61, nn. 1 e 4, c.p., e lo condannava alla pena di anni quindici e mesi quattro di reclusione ed alla pena accessoria della interdizione perpetua dai pubblici uffici; disponeva la misura di sicurezza della assegnazione ad una casa di cura e di custodia per la durata minima di tre anni, e la confisca dell'arma e delle munizioni in

sequestro; lo condannava, infine, al risarcimento del danno, da liquidarsi in separata sede, in favore delle costituite parti civili, cui assegnava delle provvisori.

In sede di impugnazione, avanzata dal P.G., la Corte di Appello, in riforma della impugnata sentenza, escludeva il vizio parziale di mente sottolineando come né il perito del giudice né i consulenti del p.m. fossero riusciti a ricondurre i disturbi della personalità dell'imputato - che pure tutti avevano accertato - a un quadro clinico delineato di una precisa malattia.

La difesa dell'imputato interponeva ricorso per Cassazione deducendo, come primo motivo di gravame, proprio l'erronea interpretazione della nozione di infermità mentale, rilevante ai sensi degli artt. 88 e 89 c.p., come operata dalla Corte di Appello.

Il ricorso veniva assegnato alla prima Sezione penale della Suprema Corte, la quale, con ordinanza del 13 ottobre 2004, ne disponeva la rimessione alle Sezioni Unite, ai sensi dell'art. 618 c.p.p.

Si rilevava, difatti, che nella giurisprudenza della Suprema Corte era da tempo insorto un contrasto, in ordine alla questione concernente il concetto di "infermità", ai sensi degli artt. 88 e 89 c.p.

Un "più risalente e consistente indirizzo" ha ritenuto che, "in tema di imputabilità, le anomalie che influiscono sulla capacità di intendere e di volere sono le malattie mentali in senso stretto, cioè le insufficienze cerebrali originarie e quelle derivanti da conseguenze stabilizzate di danni cerebrali di varia natura, nonché le psicosi acute o croniche, contraddistinte, queste ultime, da un complesso di fenomeni psichici che differiscono da quelli tipici di uno stato di normalità per qualità e non per quantità...". Altro "indirizzo minoritario" ha, invece, ritenuto che "il concetto di infermità mentale recepito dal nostro codice penale è più ampio rispetto a quello di malattia mentale, di guisa che, non essendo tutte le malattie di mente inquadrate nella classificazione scientifica delle infermità, nella categoria dei malati di mente potrebbero rientrare anche dei soggetti affetti da nevrosi e psicopatie, nel caso che queste si manifestino con elevato grado di

intensità e con forme più complesse tanto da integrare gli estremi di una vera e propria psicosi...”.

Orbene, le Sezioni Unite, come sopra anticipato, hanno di fatto aderito alla interpretazione estensiva, dopo una esaustiva ricognizione, che per ragioni di brevità non è possibile ripercorrere in questa sede, delle diverse teorie maturate anche nella scienza psichiatrica sul punto.

Il Supremo Consesso, nella sua più alta espressione, ha concluso che *“Possono a tal punto raccogliersi le fila del discorso giustificativo sin qui svolto e trarsi la conclusione che deve essere affermato il seguente principio di diritto, ai sensi dell’art. 173.3 disp. att. c.p.p.: ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, rientrano nel concetto di “infermità” anche i “gravi disturbi della personalità”, a condizione che il giudice ne accerti la gravità e l’intensità, tali da escludere o scemare grandemente la capacità di intendere o di volere, e il nesso eziologico con la specifica azione criminosa”*.

Invero, in sostanza, quello che rileva non è tanto l’inquadramento in un rigido quadro gnoseologico quanto piuttosto che si sia in presenza di alterazioni idonee ad incidere in concreto sulla capacità di intendere e di volere, escludendola o scemandola.

3. LE FORME DEL DOLO

Una volta chiarita la nozione di dolo – coscienza e volontà che presuppongono, a monte, la capacità di intendere e di volere¹¹ – è facile intuire come le due componenti del dolo – la coscienza e la volontà per l’appunto – possano atteggiarsi in modo diverso, possano assumere diverse intensità che danno vita alle diverse forme del dolo.

Dottrina e giurisprudenza hanno in proposito individuato le seguenti forme: 1) dolo diretto; 2) dolo alternativo; 3) dolo intenzionale; 4) dolo eventuale; 5) dolo specifico¹².

Nel dolo diretto coscienza e volontà sono piene ed univoche: il soggetto agente è consapevole di porre essere una certa condotta e vuole, esattamente, la conseguenza che a quella condotta si ricollega.

Il dolo diretto, a ben vedere, altro non è che la forma base del dolo in cui coesistono coscienza e volontà come precedentemente già chiarito.

Il dolo alternativo, in tale prospettiva, si atteggia come *species* del dolo diretto.

Così, *ex multis*, *“In tema di delitti omicidiali, deve qualificarsi come diretta e non come eventuale la particolare manifestazione di volontà dolosa definita “dolo alternativo” che sussiste allorquando l’agente, al momento della realizzazione dell’elemento oggettivo del reato, si rappresenta e vuole indifferentemente e alternativamente che si verifichi l’uno o l’altro degli eventi causalmente ricollegabili alla sua condotta cosciente e volontaria, sicché, attesa la sostanziale equivalenza dell’uno o dell’altro evento, egli risponde per quello effettivamente realizzato”*¹³;

In tal ottica, il dolo intenzionale esprime qualcosa di più – il soggetto agente non solo vuole una certa condotta e la sua conseguenza, ma agisce intenzionalmente, al fine di ottenere quel dato risultato e per ottenerlo come conseguenza della sua condotta.

Nella prassi, il tipico esempio di dolo intenzionale si riscontrava nella fattispecie dell’abuso d’ufficio.

Anzi, sotto tale aspetto, e prima della formale abrogazione di tale fattispecie di reato, l’intenzionalità era stata vista come uno strumento volto a restringere l’area delle condotte penalmente rilevanti ed idonee ad assurgere a fattispecie penale.

E ciò proprio in forza del fatto che il legislatore non si limitava a chiedere una qualunque forma di dolo ma quella intensa, ancor più difficile da provare, del dolo intenzionale.

¹¹ Sui rapporti tra imputabilità – capacità di intendere e di volere da una parte – e colpevolezza – attribuzione soggettiva a titolo di dolo del fatto reato – dall’altra parte, v. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 2024, pp. 329 ss.

¹² Elencazione, invero, prevalente ma non unica e non esaustiva delle possibili denominazioni.

¹³ Cass., Sez. 1, Sentenza n. 16976 del 18/03/2003. La controversa categoria del cd. dolo alternativo è oggetto di critica

da parte della dottrina (v. V. PATALANO, *Delitti contro la vita*, Padova, 1984, p. 37) che sottolinea l’esigenza di evitare che il dolo alternativo possa consentire di aggirare totalmente l’accertamento concreto del dolo ovvero si faccia vettore di istanze punitive che riecheggiano la cultura del *versari in re illicita*: in tal senso, v. P. CAROLI, *Testa o croce o testa e croce? La prassi applicativa del dolo alternativo in Germania e Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2021, pp. 1023 ss.

Si osservava così: *“Nel reato di abuso di ufficio l'uso dell'avverbio “intenzionalmente” per qualificare il dolo implica che sussiste il reato solo quando l'agente si rappresenta e vuole l'evento di danno altrui o di vantaggio patrimoniale proprio o altrui come conseguenza diretta ed immediata della sua condotta e come obiettivo primario perseguito, e non invece quando egli intende perseguire l'interesse pubblico come obiettivo primario. (Fattispecie relativa ad un sindaco che aveva rilasciato un'autorizzazione edilizia in violazione della normativa urbanistica sul risanamento del centro storico, allo scopo esclusivo di favorire il recupero di abitanti nella zona del borgo antico che si stava progressivamente spopolando con rischio di un definitivo abbandono)”¹⁴.*

Più sfumati si fanno, invece, i contorni, soprattutto dell'elemento volontaristico, nelle forme del dolo eventuale.

Nel dolo eventuale il soggetto agente è cosciente della sua condotta ma non vuole la relativa conseguenza; piuttosto la prevede, la mette in conto, se la prefigura e accetta il rischio che essa si verifichi: *“Ricorre il dolo eventuale quando chi agisce si rappresenta come seriamente possibile, sebbene non certa, l'esistenza dei presupposti della condotta, ovvero il verificarsi dell'evento come conseguenza dell'azione e, pur di non rinunciare ad essa, accetta che il fatto possa verificarsi, decidendo di agire comunque. (Fattispecie in tema di lesioni volontarie da sinistro stradale in cui la Corte ha individuato la sussistenza di taluni indicatori del dolo eventuale, anziché della colpa cosciente, nell'essere il fatto avvenuto subito dopo una rapina, compiuta mentre l'imputato, gravato da numerosi precedenti, era in regime di semilibertà, nonché nella elevata velocità tenuta e nella inosservanza di segnalazioni semaforiche)”* - Cass. Sez. 2, Sentenza n. 43348 del 30/09/2014 - ed ancora, nello stesso senso, *“in tema di elemento soggettivo del reato, ricorre il dolo eventuale - e non la colpa cosciente - quando l'agente si sia rappresentato chiaramente la significativa possibilità di verifica dell'evento concreto e ciò nonostante, dopo aver considerato il fine perseguito e l'eventuale prezzo da pagare, si sia determinato ad*

agire comunque, anche a costo di causare l'evento lesivo, aderendo ad esso per il caso in cui si verifichi. (Fattispecie relativa a reati di resistenza a pubblico ufficiale e lesioni aggravate nel corso di una manifestazione promossa da un centro sociale, in cui la Corte ha annullato con rinvio la condanna a titolo di dolo eventuale per quest'ultimo reato, dovendosi accertare se i manifestanti si fossero rappresentati ed avessero accettato le conseguenze lesive per gli operanti come possibile sviluppo della propria condotta di resistenza, alla luce delle circostanze, astrattamente idonee a depotenziare un tale atteggiamento volitivo, del mancato uso di strumenti di offesa da parte dei ricorrenti e dall'essersi gli stessi astenuti, nonostante la partecipazione ai cori di incitamento contro gli antagonisti, dal forzare il secondo cordone di sbarramento delle forze di polizia)” Cass. Sez. 6, Sentenza n. 47152 del 18/10/2022.

Si badi bene, la distinzione tra una forma e l'altra di dolo non è solo questione dogmatica ma ha anche riflessi pratici concreti.

Ciò si coglie pienamente in materia di dolo eventuale posto che tale forma di dolo, proprio perché la sua minore intensità volitiva, non è compatibile con le forme tentate del delitto.

In tal senso la Suprema Corte ha osservato che *“Il dolo eventuale non è compatibile con il delitto tentato. (In applicazione del principio, la Corte ha cassato la sentenza impugnata che aveva configurato un tentativo di lesioni, pur ravvisando l'elemento psicologico nella sola finalità dell'imputato di intimidire la parte offesa, con accettazione del rischio di ferirla)”* - Cass. Sez. 6, Sentenza n. 14342 del 20/03/2012 - ed ancora *“In tema di elemento soggettivo del reato, il dolo eventuale non è configurabile nel caso di delitto tentato, poiché, quando l'evento voluto non sia comunque realizzato - e quindi manchi la possibilità del collegamento ad un atteggiamento volitivo diverso dall'intenzionalità diretta -, la valutazione del dolo deve avere luogo esclusivamente sulla base dell'effettivo volere dell'autore e, cioè, della volontà univocamente orientata alla consumazione del reato, senza possibilità di fruizione di gradate accettazioni del*

¹⁴ Cass. Sez. 6, Sentenza n. 708 del 08/10/2003.

rischio, consentite soltanto in caso di evento materialmente verificatosi” - Cass. Sez. 1, Sentenza n. 5849 del 18/01/2006.

Il dolo specifico, infine, rappresenta la forma del dolo in cui la volontà investe il fine specifico perseguito; in sostanza si agisce allo scopo di conseguire un certo fine e con la coscienza e volontà di farlo - Cass. Sez. 1, Sentenza n. 5849 del 18/01/2006.

Il dolo specifico, in altre parole, postula che la volontà investa la finalità per quale si agisce, per quale si pone in essere una certa condotta e per la quale si vuole che si verifichi un certo evento di reato.

Così, a titolo esemplificativo, in materia di bancarotta fraudolenta si è osservato che *“in tema di bancarotta fraudolenta documentale, rientra nella prima fattispecie delineata dall’art. 216, comma 1, n. 2, legge fall. e richiede il dolo specifico di recare pregiudizio ai creditori o di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, la nozione di omessa tenuta, anche parziale, delle scritture contabili, che comprende non solo la mancata istituzione di uno o più libri contabili, ma anche l’ipotesi della materiale esistenza dei libri “lasciati in bianco” e si differenzia dal caso, caratterizzato invece da dolo generico, dell’omessa annotazione di dati veri allorché l’omissione consista non nella totale mancanza di annotazioni, ma nell’omessa annotazione di specifiche operazioni”* - Cass. Sez. 5 -, Sentenza n. 42546 del 07/11/2024; ed ancora, in materia di reati tributari *“in tema omessa dichiarazione, la prova del dolo specifico di evasione può essere desunta dall’entità del superamento della soglia di punibilità vigente, unitamente alla piena consapevolezza, da parte del contribuente obbligato, dell’esatto ammontare dell’imposta dovuta, che può, peraltro, costituire oggetto di rappresentazione e volizione anche solo nella forma del dolo eventuale”* - Cass. Sez. 3 -, Sentenza n. 38802 del 25/09/2024.

4. L’ACCERTAMENTO PROCESSUALE DEL DOLO

Tutto ciò posto, resta da capire come si accerti in concreto la sussistenza del dolo nelle sue varie forme sopra delineate.

Il problema si pone posto che l’elemento soggettivo del reato, proprio perché tale, attiene alla sfera intima del soggetto, al suo pensiero, alla sua volontà per l’appunto.

È allora evidente come la ricostruzione di tale sfera intima non potrà che essere basata su dati esterni e fenomenici che consentano di dedurla: dichiarazioni del soggetto agente, comportamenti antecedenti, coevi e/o conseguenti al fatto reato, rapporti pregressi con la eventuale vittima.

Così, ad esempio, si è osservato che *“In tema di truffa, la prova dell’elemento soggettivo, costituito dal dolo generico, diretto o indiretto, può desumersi dalle concrete circostanze e dalle modalità esecutive dell’azione criminosa, attraverso le quali, con processo logico-deduttivo, è possibile risalire alla sfera intellettuale e volitiva del soggetto, in modo da evidenziarne la cosciente volontà e rappresentazione degli elementi oggettivi del reato, quali l’inganno, il profitto ed il danno, anche se preveduti come conseguenze possibili della propria condotta, di cui si sia assunto il rischio di verifica. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto corretta la decisione impugnata che aveva affermato la responsabilità dell’imputato per il reato di truffa aggravata in danno di ente pubblico, per aver chiesto ed ottenuto, mediante la presentazione di false rendicontazioni, corrispettivi per attività di consulenza legale, in realtà mai eseguita o eseguita in termini temporali diversi da quelli rendicontati)”* - Cass. Sez. 5 -, Sentenza n. 30726 del 09/09/2020 -; ancora, *“In tema di bancarotta fraudolenta documentale ex art. 216, comma primo, n. 2, legge fall., il dolo generico deve essere desunto, con metodo logico-inferenziale, dalle modalità della condotta contestata, e non dal solo fatto che lo stato delle scritture sia tale da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari, fatto che costituisce l’elemento materiale del reato ed è comune alla diversa e meno grave fattispecie di bancarotta semplice, incriminata dall’art. 217, comma secondo, legge fall.; né può essere dedotto dalla circostanza che l’imprenditore si sia reso irreperibile dopo il fallimento, costituendo detta condotta un “posterius” rispetto al fatto-reato. (Nella fattispecie, in cui l’imputata era stata assolta da una concorrente imputazione di*

bancarotta fraudolenta patrimoniale, la Corte ha evidenziato la necessità di una motivazione particolarmente rigorosa sull'elemento soggettivo dell'addebito residuo, la cui prova non poteva giovare della presunzione per la quale l'irregolare tenuta delle scritture contabili è di regola funzionale all'occultamento o alla dissimulazione di atti depauperativi del patrimonio sociale)" - Cass. ez. 5 - , Sentenza n. 26613 del 22/02/2019.

Giova, peraltro, sul punto evidenziare che l'accertamento del dolo diretto e intenzionale, proprio perché forme "massime" e "piene" di dolo, richiederà una prova piena e circostanziata del volere del soggetto e una motivazione, sul piano redazionale del provvedimento giudiziario, che ne dia adeguato riscontro; di contro, nelle ipotesi di dolo eventuale e alternativo, pur essendo ovviamente necessario motivare su quali elementi si fondino le conclusioni a cui si è pervenuti, la descrizione della volontà del soggetto agente potrà avvenire in termini meno netti, più sfumati, bastando affermare che lo stesso si è rappresentato la conseguenza del proprio, agire limitandosi ad accettarla consapevolmente - dolo eventuale - o si è rappresentato due conseguenze diverse e alternative tra di loro, volendole entrambe¹⁵.

Peraltro, non sfugga quanto appena accennato: quale che sia la forma di dolo la motivazione del provvedimento giudiziario, ordinanza applicativa di misura o sentenza di condanna, dovrà, comunque, darne adeguatamente conto.

Ed, infatti, il dolo non è solo criterio di imputazione soggettiva del fatto reato - elemento che lega psicologicamente la condotta al reo e ne consente la punibilità, evitando forme incostituzionali di responsabilità oggettiva - ma è vero e proprio elemento costitutivo della fattispecie di reato.

Si parla al riguardo del c.d. elemento soggettivo della fattispecie di reato.

E proprio avuto riguardo al dolo come elemento costitutivo, le diverse fattispecie di reato possono richiedere espressamente che il dolo

assuma una specifica forma, quale, ad esempio, quella del dolo intenzionale.

In questi casi la conseguenza sarà che ove si ritenga che il soggetto abbia agito con dolo, ma non con la forma espressamente richiesta dal legislatore, il fatto di reato, sia pure commesso nella sua materialità, non costituirà reato (formula assolutoria da usare quando ricorrendo tutti gli altri elementi richiesti per integrare una data fattispecie penale, difetti, proprio, l'elemento soggettivo).

Quando, invece, il legislatore si limiti a richiedere il dolo - senza, dunque, specificarne la forma - potrà essere sufficiente riscontrare una delle qualsiasi forme di dolo sopra indicate - anche, pertanto, quelle meno intense del dolo alternativo o eventuale.

In definitiva da tutto quanto sopra discende che il dolo è espressione della volontà del soggetto e funge, nel nostro sistema penale, da criterio di imputazione del fatto reato all'agente e da vero e proprio elemento costitutivo delle fattispecie di reato, circostanze che rendono rigoroso l'accertamento della sua sussistenza e il conseguente onere motivazionale del giudice.

5. LA VOLONTÀ COME ELEMENTO CIRCOSTANZIALE

La volontà del soggetto agente ha, dunque, come visto, lo scopo di integrare la fattispecie penale come elemento costitutivo della stessa (c.d. elemento soggettivo) e, fatti salvi i casi di punibilità a titolo di colpa o preterintenzione, di fungere da criterio di imputazione della condotta all'agente.

Scopo del presente lavoro, però, è compiere una ricognizione del ruolo della volontà nel nostro sistema penale.

Quanto sopra visto, infatti, non esaurisce il ruolo della volontà nel sistema penalistico.

La volontà, sempre del soggetto agente, può assumere anche un ruolo come circostanza, aggravante o attenuante, di un dato fatto di reato.

In questo essa non rileva, dunque, nel senso sopra detto o, comunque, oltre a rilevare nel senso

¹⁵ Sui criteri di accertamento del dolo v. G. LOSAPPIO, *Formula BARD e accertamento del dolo eventuale*, in *Sistema penale* 23 maggio 2017

sopra detto, assumerà ulteriore pregnanza ai fini della concessione di una data circostanza attenuante o della applicazione di una data circostanza aggravante.

In relazione alle circostanze attenuanti, e prescindendo dall'esame delle previsioni specifiche riferite e riferibili alle singole fattispecie di reato, il punto di riferimento è dato dagli art. 62 e 62 bis c.p., riguardanti le circostanze attenuanti comuni il primo e le circostanze attenuanti generiche il secondo.

Prendendo le mosse dall'art. 62 c.p. il ruolo e la rilevanza della volontà anche ai fini circostanziali risulta evidente nella formulazione delle prime tre circostanze attenuanti: 1) l'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale; 2) l'aver reagito in stato d'ira determinato da un fatto ingiusto altrui; 3) l'aver agito per suggestione di una folla in tumulto, quando non si tratta di riunioni o assembramenti vietati dalla legge o dall'Autorità, e il colpevole non è delinquente o contravventore abituale o professionale o delinquente per tendenza.

Già dalla sola lettura risulta evidente come tutte e tre le circostanze attenuanti postulino l'esplorazione della volontà del soggetto agente sotto un profilo ulteriore – che va al di là dell'aver voluto una certa condotta e le sue conseguenze – e che si estende ai motivi dell'agire¹⁶.

Un *quid pluris* che richiederà uno sforzo, da parte dell'operatore del diritto e segnatamente del giudice, di accertamento e di motivazione ulteriore e non sempre agevole, attenendo, se così si può dire, a una sfera ancora più intima dell'individuo – i motivi dell'agire che stanno alla base della stessa volontà di agire –.

Si badi bene, di regola il motivo che spinge ad agire, proprio perché particolarmente intimo ed imperscrutabile, non assume rilevanza.

Così “*Ai fini della configurabilità del delitto di violenza privata, è sufficiente il dolo generico, ossia la coscienza e la volontà di costringere taluno, con violenza o minaccia, a fare, tollerare od omettere qualcosa, senza che sia necessario il concorso di un fine particolare, che costituisce l'antecedente*

psichico della condotta, cioè il movente del comportamento tipico descritto dalla norma penale” – Cass. Sez. 5 - , Sentenza n. 2220 del 24/10/2022.

Se tuttavia esso va esplorato, ecco che l'accertamento fattuale si complica.

Si complicano anche le connesse questioni di inquadramento giuridico.

Cosa è un motivo di particolare valore morale e sociale?¹⁷ Quale stato d'ira rileva?¹⁸

In relazione al primo quesito la Suprema Corte ha avuto modo di chiarire che “*I motivi di “particolare valore sociale” che integrano la circostanza attenuante di cui all'art. 62, comma primo, n. 1, cod. pen. vanno individuati, ancor prima che negli obiettivi valutati positivamente da tutti i consociati in un dato momento storico, alla luce dei principi e valori sociali accolti dalla Costituzione, quale metro di giudizio unificante per tutti i componenti della comunità*” – Cass. Sez. 6 - , Sentenza n. 26254 del 07/03/2024.

Lo stato d'ira è stato, invece, così descritto nelle pronunce del giudice di legittimità: “*La circostanza attenuante della provocazione ricorre quando il reato sia commesso non già in un generico stato di emozione, agitazione, timore o paura, bensì in uno stato d'ira, essendo necessario che l'agente abbia perduto il controllo di se stesso in conseguenza di un fatto che sia privo di giustificazione nei contenuti e nelle modalità esteriori, capace di alterare i freni inibitori, come tale costituente eccezione al principio generale, secondo cui gli stati emotivi non sono causa di diminuzione della imputabilità*” – Cass. Sez. 1, Sentenza n. 40177 del 01/10/2009.

Non ci si sofferma sulla terza circostanza attenuante sopra enucleata perché di più rara applicazione pratica.

Con riferimento all'art. 62 bis c.p. la volontà potrà rilevare quando, non assumendo valore già come circostanza attenuante comune o come circostanza attenuante espressamente tipizzata dal legislatore, la stessa venga ritenuta idonea ad esprimere un minore disvalore della condotta ed a

¹⁶ Sull'argomento cfr. Cass., 4 maggio 2004, n. 26090, in *Dir e Giust.*, 2005, fasc. 8, p. 86, con nota di A. COSENZA, *Reato sì, ma per nobili fini: ecco i paletti*.

¹⁷ Per un'ipotesi molto problematica v. G. FLANDACA, *Diritto alla libertà religiosa e responsabilità per omesso impedimento dell'evento*, in *Foro It.*, 1983, II, c. 27.

¹⁸ G. MARINI, *Fatto doloso della persona offesa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, p. 933

concedere una riduzione di pena: a titolo puramente esemplificativo si pensi a un sentimento di pentimento e resipiscenza che si sia pure estrinsecato in qualche forma di riparazione del danno cagionato dalla condotta di reato e che non rientri in ipotesi tipizzate.

Ovviamente anche in tal caso sarà fondamentale che si offra congrua motivazione del perchè un determinato stato volitivo e/o emotivo renda il reo meritevole di un trattamento sanzionatorio più benevolo.

In tale ottica anche gli stati emotivi e passionali potranno rilevare ai sensi dell'art. 62 bis c.p.

Ed, infatti “*gli stati emotivi o passionali, pur non escludendo né diminuendo l'imputabilità, possono essere considerati dal giudice ai fini della concessione delle circostanze attenuanti generiche, ove se ne riconosca l'attitudine a fungere da fattore di attenuazione della misura della responsabilità penale. (Fattispecie relativa ad omicidio della convivente, nella quale la Corte ha annullato con rinvio la sentenza di merito che, pur accertando che al momento del fatto l'imputato versava in uno stato di profonda angoscia e di agitazione collegato all'insorgere dell'emergenza pandemica, non aveva adeguatamente valutato l'attitudine di quel particolare stato emotivo a giustificare il contenimento del trattamento sanzionatorio)*” - Cass. Sez. 1 - , Sentenza n. 27115 del 30/05/2024.

Si è precisato, tuttavia, “*In tema di circostanze attenuanti, la gelosia non può giustificare la concessione delle attenuanti generiche, di cui all'art. 62-bis cod. pen., né dell'attenuante dell'aver reagito in stato d'ira determinato da un fatto ingiusto altrui, di cui all'art. 62, n. 2), cod. pen. (In motivazione, la Corte ha precisato che la gelosia, quale sentimento morboso espressione di supremazia e possesso che si estrinseca attraverso l'annientamento della vittima, può rendere configurabile l'aggravante dell'aver agito per motivi futili o abietti, di cui all'art. 61, n. 1, cod. pen.)*” - Cass. Sez. 1, Sentenza n. 36364 del 07/07/2023¹⁹.

Non può sfuggire, in sostanza, l'esigenza di trovare un bilanciamento tra la rilevanza della volontà, anche ai fini della gradazione della pena, accedendo persino ai motivi dell'agire e alla sfera più intima degli stati emotivi del soggetto agente, e la necessità di non dare rilevanza a qualsiasi sentimento che possa muovere l'agire umano, peraltro di difficile esplorazione ed accertamento.

Analoghe considerazioni possono valere per le circostanze aggravanti comuni.

Sul punto viene in rilievo l'art. 61 c.p.

Anche in tal caso la semplice lettura dei primi tre numeri del primo comma dell'articolo in rilievo spingono l'operatore del diritto a una esplorazione dei motivi sottesi all'agire, che hanno, dunque, determinato la volontà del soggetto agente.

Ancora una volta uno sforzo in più, ancora più profondo, di analisi, con conseguenze “aggravanti” in termini di trattamento sanzionatorio.

Ed, infatti, ai sensi dell'art. 61 c.p. aggravano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali, le seguenti circostanze: 1) l'aver agito per motivi abietti o futili; 2) l'aver commesso il reato per eseguirne od occultarne un altro, ovvero per conseguire o assicurare a sé o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero l'impunità di un altro reato; 3) l'aver, nei delitti colposi, agito nonostante la previsione dell'evento.

Alcune notazioni.

La prima circostanza aggravante altro non è che il corrispondente, l'uguale e contrario, dell'attenuante di cui all'art. 62 n. 1 c.p.²⁰

In ordine alla stessa si potranno, dunque, i medesimi dubbi interpretativi sopra accennati.

In relazione alla circostanza attenuante di cui all'art. 61, n. 2, c.p. deve evidenziarsi, per quanto in questa sede più rileva, come il maggior disvalore sia chiaramente ancorato al dato volontaristico e, in particolare, alla evenienza che l'autore del reato abbia agito per eseguire o occultare altro reato, a prescindere da elementi oggettivi quali la concreta punibilità di tale ulteriore reato.

¹⁹ Pubblicata in *Cass. pen.*, 2024, p. 910 ss., con nota di E.M. FRANCINI, *La gelosia nel diritto penale: dalla (ir)rilevanza degli stati emotivi e passionali all'incidenza sul trattamento sanzionatorio*.

²⁰ Cfr. A. MESSINA, *Considerazioni «de iure condendo» sulle circostanze di cui agli art. 61 n. 1 e 62 n. 1 del codice penale*, in *Riv. pen.*, 1973, 434.

A tal proposito giova evidenziare che la circostanza aggravante in rilievo sarà configurabile anche nelle ipotesi in cui il reato che si intendeva commettere o occultare non dovesse risultare punibile per difetto di querela (nell'ipotesi di procedibilità a querela) o per estinzione da intervenuta prescrizione.

In tal senso si è affermato che *“La circostanza aggravante comune del nesso teleologico ha natura soggettiva e trova fondamento nella consapevole accettazione della commissione di un altro reato, sì che la stessa è pienamente compatibile col dolo indiretto nelle sue due forme del dolo alternativo e di quello eventuale. (Fattispecie in tema di furto di un portafoglio e indebito utilizzo di carta di pagamento in esso rinvenuta)”* - Cass. Sez. 5, Sentenza n. 57488 del 06/11/2017 - e, conseguenzialmente, *“La circostanza aggravante del nesso teleologico, prevista dall'art. 61, comma primo, n. 2, cod. pen., è configurabile anche quando il reato - fine sia perseguibile a querela di parte e questa non sia stata presentata. (In motivazione, la Corte ha precisato che la suddetta aggravante intende punire la maggiore pericolosità della condotta delittuosa, essendo, pertanto, indifferente che il reato - fine sia stato solo tentato ovvero che allo stesso sia applicabile una causa di non punibilità, di estinzione del reato o di improcedibilità)”* - Cass. Sez. 3 -, Sentenza n. 52135 del 19/06/2018.

La circostanza di cui al n. 3, poi, dimostra la difficile esplorazione dell'elemento soggettivo accennando di fatto alla commistione tra colpa - che per sua natura e definizione non postula alcuna volontà specifica - e volontà.

E, infatti, quando si parla di colpa con previsione si richiede che il soggetto pur non volendo un dato fatto ed avendolo commesso solo per violazione di regole di cautela si sia comunque rappresentato le conseguenze del suo agire - insomma una sorta di rappresentazione senza adesione piena.

Non sfugge all'operatore del diritto, né può sfuggire all'osservatore distratto, che si tratta di operazione di difficile realizzazione che dovrebbe

consentire di affermare che un soggetto, rappresentandosi una conseguenza, si è fermato - psicologicamente - un passo prima dal volere quella conseguenza- come se la psiche umana fosse una sequenza in cui sono facilmente individuabili le singole scansioni.

Si tratta, d'altra parte, di quella difficoltà che, più in generale, si riscontra nel distinguere il c.d. dolo eventuale, di cui sopra si è detto, dalla c.d. colpa cosciente²¹.

6. LA VOLONTÀ COME ELEMENTO DI COMMISURAZIONE DELLA PENA

Da quanto fin qui esposto si desume già la multiforme rilevanza della volontà nel sistema penale: criterio di imputazione soggettiva della condotta; elemento - soggettivo - costitutivo della fattispecie di reato; circostanza del reato - sia aggravante che attenuante.

Ma la volontà può, a ben vedere, rilevare anche come criterio di commisurazione della pena.

Il riferimento è all'art. 133 c.p.

Si tratta dell'articolo che detta i criteri a cui il giudice si deve attenere nel commisurare la pena in concreto, tra il minimo ed il massimo edittali, parametrandola al disvalore del fatto e alla personalità del reo.

A tal fine il legislatore prevede criteri che, da un lato, guardano alla condotta materiale e alle sue conseguenze - tali sono i criteri di cui al primo comma, nn. 1 e 2, e di cui al secondo comma, n. 3; dall'altro, criteri che guardano alla volontà del soggetto agente e più in generale a tutto ciò che appare idoneo ad esprimere l'inclinazione al delinquere del soggetto stesso - tali sono i criteri di cui al primo comma, n. 3, e di cui al secondo comma, nn. 1, 2 e 4.

Questo il testo dell'art. 133 c.p. *“Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente, il giudice deve tener conto della gravità del reato, desunta:*

1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione;

²¹ Sull'argomento v. l'importante sentenza sul caso ThyssenKrupp: Cass., SS.UU., ; v. altresì A. Cappellini, Il dolo

eventuale tra garantismo e prevenzione generale nell'età del rischio. brevi appunti in *Cass. pen., 2021, pp. 2991 ss.*

2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato;

3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa.

Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta:

1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo;

2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato;

3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato;

4) dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo”.

Per quel che in questa sede più direttamente rileva - vale a dire l'incidenza della volontà sulla commisurazione della pena - vengono in rilievo i criteri in cui si fa riferimento alla intensità del dolo e quelli in cui si fa riferimento ai motivi a delinquere e, addirittura, al carattere del reo.

Si tratta di criteri che in parte pongono le difficoltà di accertamento processuale già sopra evidenziate - il riferimento è alla intensità del dolo, rispetto al quale, peraltro, occorre evidenziare che la stessa potrà rilevare *sub specie* di criterio per la gradazione della pena quando per l'integrazione della fattispecie sia richiesto il dolo generico, rimanendo, altrimenti, assorbito dalla previsione, già come elemento costitutivo, di una forma più intensa di dolo, quale, ad esempio, il dolo intenzionale -; in parte pongono difficoltà connesse alla esplorazione della sfera più intima della persona attinente ai motivi dell'agire - quelli, di regola, alla base del formarsi di una data volontà- o addirittura al carattere - concetto in sé vago e onnicomprensivo-.

7. LA VOLONTÀ DELLA VITTIMA DEL REATO COME ELEMENTO COSTITUTIVO DELLA FATTISPECIE PENALE

Ma se fin qui ci si è soffermati sul rilievo che può assumere la volontà del soggetto agente - colui

che commette il reato - riflessioni si impongono anche sul rilievo della volontà della vittima del reato.

Ed, infatti, il rilievo della volontà nel nostro sistema penale è trasversale.

Il nostro legislatore non si è limitato a dare rilevanza alla volontà dell'autore del reato ma, correttamente, ha anche tenuto presente la prospettiva della vittima del reato - anzi negli ultimi decenni tale attenzione si è indubbiamente accentuata come di seguito si dirà.

In via generale occorre subito osservare che la volontà della vittima assume primaria rilevanza come elemento costitutivo di molteplici fattispecie di reato.

Segnatamente, al fine della configurabilità di molti fatti di reato occorrerà guardare alla volontà della vittima e verificare che le condotte siano state poste in essere contro la sua volontà o in assenza di consenso della stessa.

La terra di elezione di questo modo di costruire le fattispecie di reato è costituita dall'area dei cc.dd. delitti contro la persona.

L'elencazione che seguirà è meramente esemplificativa e non già esaustiva e mira ad evidenziare quanto appena detto.

Si pensi, innanzitutto, al delitto di omicidio.

In tal caso la volontà - estrema - della vittima di volere essere uccisa - determinerà una diversa fattispecie di reato, punita, in astratto, con una pena edittale meno grave.

Ed, infatti, se l'art. 575 c.p. punisce con la reclusione non inferiore ad anni ventuno - e dunque nel massimo fino a ventiquattro anni - chiunque cagiona la morte di un uomo, l'art. 579, proprio attraverso la rilevanza accordata alla volontà della vittima, prevede come fattispecie autonoma il c.d. omicidio del consenziente e punisce tale condotta con una pena più contenuta nel minimo e nel massimo edittale: “*chiunque cagiona la morte di un uomo, con consenso di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni*”.²²

Un vero e proprio “gioco” di incroci di volontà, poi, si realizza nella istigazione o aiuto al suicidio di cui all'art. 580 c.p.

²² Sulla fattispecie di cui all'art. 579 c.p. v. PATALANO, *I delitti contro la vita*, cit., p. 189 ss.

In tal caso il soggetto agente con la propria volontà o con il proprio modo di fare determinerà la vittima a volere – o rafforzerà la sua volontà già esistente – il suicidio.

La Suprema Corte ha anche tracciato i confini tra le due fattispecie da ultimo citate²³.

In Cass. Sez. I, n.26015/2023²⁴ si legge in proposito: “*Quanto alle tematiche di diritto sostanziale, occorre ricordare, con riferimento alle due diverse fattispecie ravvisate nei due gradi di merito, che il discrimine tra il reato di omicidio del consenziente e quello di istigazione o aiuto al suicidio va individuato nel modo in cui viene ad atteggiarsi la condotta e la volontà della vittima in rapporto alla condotta dell'agente: si avrà omicidio del consenziente nel caso in cui colui che provoca la morte si sostituisca in pratica all'aspirante suicida, pur se con il consenso di questi, assumendone in proprio l'iniziativa, oltre che sul piano della causazione materiale, anche su quello della generica determinazione volitiva; mentre si avrà istigazione o agevolazione al suicidio tutte le volte in cui la vittima abbia conservato il dominio della propria azione, nonostante la presenza di una condotta estranea di determinazione o di aiuto alla realizzazione del suo proposito, e lo abbia realizzato, anche materialmente, di mano propria (Sez. I, n. 31.47 del 6/2/1998 P.M. in proc. Munaò, Rv. 210190).*”

La legge, nel prevedere, all'art. 580 cod. pen., tre forme di realizzazione della condotta penalmente illecita (quella della determinazione del proposito suicida prima inesistente, quella del rafforzamento del proposito già esistente e quella consistente nel rendere in qualsiasi modo più facile la realizzazione di tale proposito), ha voluto, quindi, punire sia la condotta di chi determini altri al suicidio o ne rafforzi il proposito, sia qualsiasi forma di aiuto o di agevolazione di altri del proposito di togliersi la vita, agevolazione che può realizzarsi in qualsiasi modo: ad esempio, fornendo i mezzi per il suicidio, offrendo istruzioni sull'uso degli stessi, rimuovendo ostacoli o difficoltà che si frappongano alla realizzazione del proposito ecc., o anche omettendo di intervenire, qualora si abbia l'obbligo di impedire la realizzazione dell'evento. L'ipotesi

della agevolazione al suicidio prescinde totalmente dalla esistenza di qualsiasi intenzione, manifesta o latente, di suscitare o rafforzare il proposito suicida altrui. Anzi, presuppone che l'intenzione di autosopprimersi sia stata autonomamente e liberamente, presa dalla vittima altrimenti vengono in applicazione le altre ipotesi previste dal medesimo art. 580 c.p.

È, pertanto, sufficiente che l'agente abbia posto in essere, volontariamente e consapevolmente, un qualsiasi comportamento che abbia reso più agevole la realizzazione del suicidio perché si realizzi l'ipotesi criminosa di cui all'art. 580 cod. pen.”.

La volontà della vittima rileva, ancora, nell'ipotesi di cui all'art. 609 bis c.p. che incrimina la violenza sessuale.

L'intero articolo è permeato della tutela della volontà della vittima.

L'art. 609 bis, primo comma, c.p., infatti, punisce “*chiunque con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali*”.

La nozione stessa di costrizione implica la coartazione della volontà della vittima, l'assenza di “assenso” all'atto che viene compiuto o subito.

La tutela della volontà è massima e si spinge fino al punto da non ammettere che un dissenso espresso della vittima possa essere superato da suoi atteggiamenti asseritamente non ostativi alla condotta dell'agente “*In tema di violenza sessuale, l'esplicita e iniziale manifestazione di dissenso all'intrusione altrui nella propria sfera sessuale da parte della persona offesa non può ritenersi superata dai suoi successivi e impliciti comportamenti concludenti di segno contrario, sicché non è consentito all'agente confidare sulla mancata veridicità di un dissenso esplicito*” – Cass. Sez. 3 - , Sentenza n. 29356 del 18/04/2024.

La volontà della vittima, però, rileva anche nella misura in cui la stessa sia manipolata e il soggetto agente ottenga il consenso al compimento dell'atto sessuale con una forma di manipolazione²⁵.

A tale *ratio* rispondono le previsioni di cui all'art. 609 bis, secondo comma, c.p. che statuisce che soggiace alla stessa pena di cui al primo comma

²³ Sul punto v. ancora PATALANO, *op. cit.*, p. 230 s.

²⁴ Pubblicata in *Cass. pen.*, 2024, p. 254 ss.

²⁵ Sul punto v. S. SCIPPA, *Osservazioni* a Cass., III, 20 settembre 2017, n. 15412, in *Cass. pen.*, 2018, p. 3765 ss.

- la reclusione da sei a dodici anni - chiunque induce taluno a compiere o subire atti sessuali: 1) abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto; 2) traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona.

Una riflessione si impone sull'art. 609 quater c.p.

A ben vedere, per quanto la volontà della vittima - *recte* l'assenza di consenso della vittima - non figura espressamente come elemento costitutivo dell'illecito penale è del tutto evidente come la stessa sia "l'oggetto" latente della tutela approntata dal legislatore nel momento in cui si prevede che il compimento di atti sessuali, al di fuori peraltro delle ipotesi previste dall'art. 609 bis c.p., rileva ed è incriminato se commesso con persona che al momento del fatto non ha compiuto gli anni quattordici o sedici, in questo caso nell'ipotesi in cui il soggetto agente sia legato alla vittima da particolari rapporti.

La *ratio* è evidente: si presume che la vittima - che non abbia compiuto i quattordici anni di età - sia da chiunque facilmente manipolabile e non sia in condizioni di maturare una compiuta e consapevole volontà sul punto.

Il soggetto che ha compiuto i quattordici anni di età, ma non ancora i sedici, invece, viene concepito dal legislatore come in grado di maturare una volontà afferente alla sfera intima, ma si vuole, tuttavia, scongiurare, che tale volontà sia influenzata e/o manipolata da chi si trova con il minore in condizione di particolare vicinanza.

Si tratta, peraltro, di disposizione che appare in linea con la progressiva tendenza a valorizzare anche quelle capacità di maturare una qualche volontà da parte dei soggetti minorenni senza rinunciare a qualunque forma di tutela²⁶.

La volontà - sotto forma di assenza di consenso e di coartazione della vittima - è, a ben vedere, il *file rouge* dei delitti contro la libertà morale e contro la inviolabilità del domicilio.

Ed infatti, non solo scorrendo le norme incriminatrici afferenti alle predette categorie l'assenza di consenso della vittima figura proprio, espressamente, come elemento costitutivo di molteplici fattispecie ma, più in generale, anche ove ciò non accade, tale assenza di consenso è invero il presupposto stesso della incriminazione penale così che "il rispetto della volontà della vittima" è l'oggetto della tutela penale.

Emblematica, in tale ottica, risulta la fattispecie di cui all'art. 612 bis c.p., la cui rubrica recita "*atti persecutori*".

L'art. 612 bis, primo comma, c.p. statuisce che "*salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da un anno a sei anni e sei mesi chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero di ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita*".

Ebbene, può affermarsi che, al di là del ruolo tipico e tipizzato quale elemento costitutivo, la volontà della vittima - *sub specie* di assenza di consenso e di ragionevole presunta contrarietà della stessa - è, invero, presupposto della incriminazione di numerose condotte illecite in cui si mira a impedire che un individuo possa subire condotte che in qualche modo condizionano e/o ledono il suo volere.

Questa lettura, che qui si propone, del nostro sistema penale consente di comprendere ed analizzare il senso della previsione di cui all'art. 50 c.p.

Si tratta della norma che attribuisce al consenso della vittima un ruolo scriminante di condotte altrimenti penalmente rilevanti e punibili.

Si tratta della c.d. scriminante del consenso dell'avente diritto²⁷.

²⁶ Sull'argomento, di recente, v. M. ROMANO, *Le modifiche agli articoli 609bis, 609ter, 609quater, 609septies e 609octies del codice penale*, in M. ROMANO, A. MARANDOLA (a cura di), *Codice rosso. Seconda edizione aggiornata e integrata*, Pisa, 2024, p.111 ss.

²⁷ Sull'argomento v. A. TESAURO, *La natura del consenso dell'avente diritto come causa di esclusione del reato*, Padova, 1982; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008

8. LA VOLONTÀ DELLA PERSONA OFFESA COME SCRIMINANTE

Da quanto sopra detto, e segnatamente dalla lettura che si è proposta da ultimo del nostro sistema penale, discende che lì ove l'assenza di consenso sia espressamente prevista come elemento costitutivo o sia implicito presupposto della incriminazione penale essa rileverà come elemento costitutivo della fattispecie di reato con la conseguenza che se la norma incriminatrice prevede o presuppone la carenza di volontà come elemento costitutivo e tale carenza sarà processualmente accertata e provata, sarà integrata la fattispecie di reato, altrimenti, ove sia riscontrato, al contrario, il consenso della vittima, difetterà un elemento costitutivo e il fatto di reato non sussisterà²⁸.

Tale chiarimento si imponeva per potere comprendere a pieno il ruolo, nell'ordinamento, della previsione di cui all'art. 50 c.p.

Essa, come detto, dà risalto al consenso dell'avente diritto e può avere un ambito operativo solo in quanto invocata al di fuori delle ipotesi sopra enucleate – quelle in cui, lo si ripete, la volontà della vittima rileva, esplicitamente o implicitamente, come elemento costitutivo.

Al di fuori di quelle ipotesi la volontà della vittima potrà, dunque, rilevare come scriminante: per intendersi, la fattispecie di reato sarà pienamente integrata – il fatto di reato sussiste in sostanza ma non sarà punibile grazie alla circostanza che il titolare del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice accetta e acconsente al fatto che tale bene sia leso e/o compromesso.

In sostanza, la scriminante, in quanto tale, non incide sul fatto nella sua materialità ma ne elide l'antigiuridicità.

Ciò chiarito, non sfugge la delicatezza, e forse in parte l'ambiguità, di una tale previsione.

La pretesa punitiva dello Stato, pretesa lo si ricorda di natura pubblicistica, arretra per volontà del singolo individuo.

La *ratio* di questa apparente antinomia risiede nel fatto che la pretesa punitiva pubblica di natura

penale trova fondamento nella riprovevolezza dell'aggressione ad un bene pur sempre del singolo.

Ove il singolo, con il proprio assenso, rinunci a tale tutela, può, dunque, comprendersi che lo Stato rinunci a concretizzare l'astratta pretesa punitiva²⁹.

Si tratta, allora, di capire quale consenso rilevi ed a quali condizioni.

Rileva, certo, un consenso libero e consapevole, validamente maturato ed espresso.

Sul punto salvo che la formulazione della fattispecie penale stessa implichi una età minima della vittima a partire dalla quale quel consenso possa presumersi maturare, se ne avrà che, tendenzialmente, il soggetto passivo del reato dovrà essere una persona maggiore di età, non affetta da vizi di mente.

Non solo, ma il consenso della vittima dovrà avere ad oggetto un diritto di cui la stessa possa validamente disporre.

Sarà, dunque, di volta in volta, necessario valutare se quel dato diritto o bene rientri nella disponibilità, quanto meno parziale, della vittima di reato.

Ciò spiega il compromesso a cui la norma stessa risponde: solo se il bene la cui offesa viene in rilievo è un bene nella disponibilità della vittima ha senso che lo Stato rinunci alla pretesa punitiva. Diversamente è a dirsi quando il singolo non può disporre di quel bene. In tal caso, infatti, la tutela del bene stesso è qualcosa che va al di là dell'interesse individuale per sconfinare nell'interesse pubblico di portata generale³⁰.

È, poi, necessario, perché la scriminante operi, che il consenso sia concreto ed attuale.

Si discute sulla rilevanza del consenso presunto e di quello presupposto.

Ove ricorrano tutti i presupposti del consenso dell'avente diritto quale scriminante, proprio perché si tratta di ipotesi distinta da quella in cui la volontà della vittima rileva ai fini della configurabilità della fattispecie penale e proprio perché il consenso della vittima non rileverà come elemento costitutivo della fattispecie di reato ma come elisione della sua

²⁸ In esito a un giudizio penale la formula assolutoria sarebbe, dunque, perché il fatto non sussiste.

²⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2007, p. 264.

³⁰ V. l'attenta disamina del problema, sotto lo specifico aspetto del trattamento medico di cui alla L. 219/2017, operata da G.M. FLICK, *Dignità del vivere e dignità nel morire. un (cauto) passo avanti*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 2032 ss.

antigiuridicità, si dovrà affermare – questa l'eventuale formula assolutoria in un giudizio penale – che il fatto non è previsto dalla legge come reato.

Il fatto di reato sussiste e sussistono tutti gli elementi costitutivi – soggettivi ed oggettivi – non viene in rilievo però l'antigiuridicità dello stesso.

9. IL CONSENSO NEL TRATTAMENTO SANITARIO

Una sfera particolare di rilevanza, per delicatezza e complessità, del consenso della vittima/persona offesa si ha nell'ambito della responsabilità per colpa dell'operatore sanitario.

Si tratta di un ambito in cui l'illecito penale assume di regola, per l'appunto, i contorni dell'illecito colposo.

Le lesioni e/o la morte del paziente sono imputate ed imputabili all'operatore sanitario in forza della violazione di regole di cautela (negligenza, imprudenza e/o imperizia) e di un atteggiamento psicologico colposo e non certo doloso.

Proprio per tale ragione – per il fatto cioè che si versa in ipotesi di colpa e non di dolo – ed in considerazione del fatto che non bisogna imbrigliare troppo le iniziative del personale sanitario – inducendolo, con la spada di Damocle del processo penale, all'inazione – la c.d. colpa medica è sempre stata al centro di difficili scelte di politica repressiva da parte del legislatore e di non poche questioni di carattere interpretativo da parte dell'operatore del diritto e, segnatamente, della giurisprudenza.

L'oscillazione è sempre stata tra la tutela massima, da un lato, da approntare a beni primari ed indisponibili (vita) o parzialmente disponibili (integrità psico-fisica) e, come detto, la necessità, dall'altro lato, di evitare di paralizzare l'agire dell'operatore sanitario.

Talvolta il pendolo è oscillato verso l'una estremità, talvolta verso l'altra.

Tale oscillazione si è realizzata sia attraverso interventi normativi – quale quello relativo al c.d. scudo penale che ha chiaramente spostato il pendolo verso la restrizione della rilevanza penale o, già in precedenza, con la c.d. legge Gelli - Bianco, che ha ristretto il novero delle condotte penalmente rilevanti a quelle connotate da colpa grave – sia

attraverso l'opera ermeneutica della giurisprudenza³¹.

A tal ultimo riguardo si pensi all'evoluzione interpretativa sulla nozione di nesso di causalità e a come la stessa sia stata in un primo momento ispirata a logiche di ampliamento del penalmente rilevante – abbassando la soglia richiesta per ritenere un evento ricollegabile eziologicamente a una certa condotta – e poi, via via, ispirata alla logica opposta – di restringimento del penalmente rilevante – innalzando la soglia richiesta per ritenere integrato il nesso eziologico.

Ma analogamente è a dirsi sul versante dell'elemento psicologico.

Si pensi all'orientamento ermeneutico che aveva limitato le ipotesi di responsabilità penale a quelle in cui l'operatore sanitario avesse violato regola di perizia – attinenti *all'ars medica* – e lo avesse fatto con colpa grave.

Era, sostanzialmente, una regola presa in prestito dal diritto civile e, segnatamente, dall'art. 2236 c.c. disciplinante la responsabilità del prestatore d'opera³².

Non può sfuggire come questo orientamento si prestasse a facili critiche: non poteva farsi assumere a regola generale disciplinante la responsabilità penale quella che era già una eccezione nel novero delle regole civilistiche disciplinanti il risarcimento del danno – eccezione pensata per quelle ipotesi che involgessero la soluzione di problemi tecnici di particolare complessità.

Non poteva, d'altra parte, neppure ritenersi rispondente al vero che ogni intervento medico implicasse questioni di particolare complessità tecnica, potendo venire in rilievo interventi cc.dd. di routine e quindi di semplice esecuzione.

Da qui il maturare di orientamenti di segno opposto che restringevano la rilevanza della colpa grave solo alle ipotesi di imperizia in interventi di particolare complessità, precisando, tuttavia, che in tutte le altre ipotesi residuava la responsabilità per qualunque tipo di colpa e per violazione di qualunque tipo di regola cautelare.

Ancora una volta un'oscillazione tra i sopra indicati poli opposti che ha avuto, sotto tale aspetto, il suo punto di caduta nella legge c.d. Gelli - Bianco (L. 8 marzo 2017, n. 24 – entrata in vigore in data 1.4.17) il cui art. 6 ha previsto l'introduzione nel corpo del codice penale dell'art. 590 *sexies*.

³¹ Sull'argomento v. Cass., SS.UU., 21 dicembre 2017, n. 8770, Mariotti, con il commento di C. CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite. Un'interpretazione "costituzionalmente conforme" dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2018, p. 246 ss.

³² Art. 2236 c.c. "*Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave*".

L'art. 6 ha, segnatamente, statuito che dopo l'articolo 590-quinquies del codice penale è inserito il seguente: «Art. 590-sexies (*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*). - *Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.*

Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto.

Si tratta di norma che ha circoscritto l'area del penalmente rilevante prevedendo che a date condizioni, e purchè si versi in ipotesi di imperizia, la punibilità dell'operatore sanitario è esclusa, mantenendo, di contro, piena validità i principi generali al di fuori dell'imperizia e, dunque, in tutte le ipotesi di negligenza e imprudenza³³.

Orbene, se rispetto al sensibile settore della responsabilità dell'operatore sanitario - sensibile in considerazione dei beni giuridici coinvolti - si è sempre registrata una oscillazione tra opposte esigenze - garantire la tutela massima ai predetti beni proprio in considerazione del loro valore centrale ed, al contempo, non paralizzare ogni iniziativa dell'operatore sanitario - più a monte si è dovuto rintracciare il fondamento della liceità degli interventi sanitari che per loro natura presuppongono, quanto meno nel caso degli interventi chirurgici, una "aggressione" inevitabile alla fisicità della persona.

Ed è proprio in quest'ambito che assume rilevanza il consenso, la volontà della persona offesa³⁴.

Si è detto, infatti, che il fondamento della liceità andrebbe rintracciato in una delle scriminanti codificate che elidono l'antigiuridicità del fatto commesso.

Se talvolta tale scriminante potrà essere identificata nel c.d. stato di necessità - ad. es. nelle ipotesi in cui l'operatore sanitario si trovi a dover intervenire d'urgenza e senza poter interpellare il paziente che versi in stato di incoscienza - talaltra,

nella fisiologia delle vicende, la scriminante potrà essere identificata nel consenso della persona potenzialmente offesa, vale a dire il paziente.

Tuttavia, si è ritenuto che queste opzioni ermeneutiche non colgano del tutto nel segno.

Ed, invero, occorre capovolgere la prospettiva.

L'attività del medico, e più in generale dell'operatore sanitario, è un'attività lecita in sé.

Essa cioè non necessita di essere "scriminata".

È un'attività, che purchè si espliciti nei confini di cui in parte si è detto sopra, non comporterà responsabilità di ordine penale, anche in ipotesi di evento infausto, proprio perché presuntivamente ed astrattamente lecita.

Si badi bene, si tratta di questione lungamente trattata sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza e che non ha sempre trovato soluzioni univoche³⁵.

Così in Cass. pen., Sez. V., 21 aprile 1992, n. 563 si affermò che «*il chirurgo che sottopone il paziente ad un intervento operatorio di più grave entità rispetto a quello meno cruento e comunque di più lieve entità del quale lo abbia informato preventivamente e che solo sia stato da quegli consentito, commette il reato di lesioni volontarie ... Sicché egli risponde del reato di omicidio preterintenzionale se da quelle lesioni derivi la morte*».

La logica della sentenza appare, anche alla luce di quanto sopra già premesso, chiara: la libertà di autodeterminazione, il rispetto della volontà del paziente, sono parte integrante del bene salute/integrità psico-fisica del paziente (art. 32 Cost.) per cui ogni lesione delle predette libertà di autodeterminazione e volontà integra il reato di lesioni.

Se in conseguenza di tale lesione, evidentemente volontaria, in quanto posta in essere pur sapendo che non vi era il consenso del paziente, il paziente decede, allora il medico potrà essere chiamato a rispondere, persino, di omicidio preterintenzionale.

Diversamente si ragionava nella c.d. sentenza Barese - Cass. Sez IV, 9 marzo 2001 n. 28132 - ove si era affermato che in tema di trattamento medico - chirurgico, qualora in assenza di urgente necessità, venga eseguita una operazione chirurgica demolitiva, senza il consenso del paziente, prestato per un intervento di portata più ridotta rispetto a

³³ Cfr. C. Cupelli, *la Legge Gelli - Bianco nell'interpretazione delle sezioni unite: torna la gradazione della colpa e si riallaccia l'art. 2236 c.c.* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 12/2017.

³⁴ Giova ricordare che, da ultimo, il consenso informato è stato anche oggetto di apposito intervento normativo di rilievo, quanto meno, su due fronti: 1) la tipizzazione delle modalità di

acquisizione del consenso; 2) la disciplina, che pone peraltro non pochi dubbi interpretativi, del consenso nelle ipotesi di incapacità del paziente/potenziale persona offesa del reato.

³⁵ V., ad es., F. MARZANO, *Trattamento sanitario in assenza del consenso del paziente: rilevanza del mancato consenso o solo dell'esplicito dissenso?*, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 1829 (B) ss.

quello poi eseguito, e questi poi deceda, il medico non potrà rispondere di omicidio preterintenzionale.

Ed infatti, si è detto, il medico non agisce mai con la volontà di ledere il paziente, ma agisce, certo per finalità terapeutiche, con la conseguenza che anche quando cagioni lesioni al paziente queste non potranno mai essere state commesse con dolo e dunque, in caso di morte, non sarà configurabile l'omicidio preterintenzionale.

L'assenza del consenso del paziente, l'asserita lesione della sua volontà, non possono entrare a connotare l'elemento soggettivo in termini di dolo né essere esse stesse l'oggetto della lesione volontariamente posta in essere.

Il consenso, dunque, si diceva, resta fuori dalla struttura oggettiva e soggettiva del reato.

Di fatto la sentenza predetta rappresentava un primo significativo passo verso la tesi della attività dell'operatore sanitario come attività intrinsecamente legittima.

Tale affermazione appariva in modo più esaustivo e netto nella sentenza Cass., Sez. IV, 11 luglio 2001, n. 35822 nella quale si è sostanzialmente affermato che l'attività medica trae la propria liceità dagli artt. 13 e 32 Cost.; sarebbe, infatti, riduttivo fondare la liceità della predetta attività solo sul consenso del paziente quale scriminante ai sensi dell'art. 50 c.p.

D'altra parte, si osservava, l'art. 50 c.p., nelle ipotesi di attività sanitaria, scontrerebbe il limite di riguardare beni, almeno in parte, indisponibili che non possono essere oggetto di consenso del paziente.

L'agire non rispettando la volontà del paziente o in assenza del suo consenso potrà comunque fondare ipotesi di responsabilità dell'operatore sanitario ma per violazione della volontà, della libertà di autodeterminazione, integrando, ad esempio, fattispecie quale quella di cui all'art. 610 c.p.

Nello stesso solco si collocava la sentenza Cass., Sez. I, 29 maggio 2002, n. 26446, nella quale si affermava che il medico deve sempre considerarsi legittimato ad eseguire il trattamento terapeutico reputato necessario per la miglior cura del paziente, anche in mancanza di esplicito consenso, dovendosi, invece, ritenere insuperabile l'espreso e consapevole dissenso del paziente.

In tale ipotesi, qualora il medico effettui ugualmente il trattamento, potrà essere chiamato a rispondere di violenza privata.

Si registravano, quindi, alcune pronunce della Suprema Corte che sembravano collocarsi in una sorta di solco intermedio in cui si riteneva che il consenso informato del paziente fosse condizione di legittimità dell'attività medica non già quale scriminante della stessa, ma proprio quale presupposto di liceità che concorre a legittimare l'operato del medico unitamente alla esigenza di salvaguardia della integrità fisica.

Il consenso, dunque, non come scriminante ma come condizione obiettiva di legittimità unitamente al dovere di salvaguardia dell'integrità fisica (in un contesto in cui sia la libertà di autodeterminazione del paziente sia il dovere di salvaguardia della salute trovano fondamento in Costituzione)³⁶.

L'eventuale lesione della libertà di autodeterminazione priva di liceità la condotta dell'operatore sanitario ma non integra necessariamente l'ipotesi della lesione dolosa ma, al più, quelle ipotesi di reato che hanno ad oggetto proprio la tutela della volontà della persona offesa.

E lungo questo solco si sono collocate le Sez. Unite nel 2009³⁷.

Nel comporre il conflitto tra i suddetti orientamenti, dopo averli ripercorsi, le Sezioni Unite accedono alla tesi secondo la quale l'attività sanitaria trae la propria liceità direttamente dalla Costituzione e segnatamente dal diritto alla salute, inteso, però, sia come diritto a ricevere le cure, sia come diritto ad autodeterminarsi con consapevolezza in ordine alla scelta delle cure da ricevere.

Il consenso del paziente, dunque, come elemento costitutivo della liceità dell'operato medico e non come mera scriminante.

Osserva il supremo consesso: *“In tale quadro di riferimento, dunque, sarebbe davvero eccentrico continuare a rinvenire nella sola scriminante del consenso dell'avente diritto, di cui all'art. 50 cod. pen., la base di semplice “non antigiuridicità” della condotta del medico; e ciò anche senza evocare le problematiche frizioni che una siffatta, angusta prospettiva, potrebbe comportare rispetto ai limiti tracciati dall'art. 5 del codice civile, il cui archetipo e la cui ratio di norma precostituzionale, si saldavano all'esigenza di circoscrivere il diritto*

³⁶ Cfr. N. POSTERARO, *Osservazioni sul consenso informato alla luce di giurisprudenza e dottrina recenti: dai profili di responsabilità civile e penale del sanitario alla spersonalizzazione del rapporto medico - paziente, in Amministrazione In Cammino.*

³⁷ Cass. SS. UU., sentenza 18 dicembre 2008 - 21 gennaio 2009, n. 2437, Giulini in *Cass. pen.*, 2009, p. 1793 (s.m.), con nota di F. VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle sezioni unite.*



dell'individuo di poter fare illimitato "mercimonio" del proprio corpo"³⁸, ed ancora, più avanti: "Dal divieto di trattamenti sanitari obbligatori, salvo i casi previsti dalla legge, secondo quanto previsto dall'art. 32, secondo comma, Cost, e dal diritto alla salute, inteso come libertà di curarsi, discende che il presupposto indefettibile che "giustifica" il trattamento sanitario va rinvenuto nella scelta, libera e consapevole - salvo i casi di necessità e di incapacità di manifestare il proprio volere - della persona che a quel trattamento si sottopone. Presupposto, anche questo, che rinvie base precettiva, e, per così dire, "costitutiva", negli stessi principi dettati dalla Carta fondamentale."³⁹.

Le Sezioni Unite, però, operano uno scatto in avanti e una volta inquadrata esattamente la

rilevanza del consenso si chiedono, anche avuto riguardo al caso concreto portato alla loro attenzione, quale siano le conseguenze dell'agire in violazione o in assenza del consenso del paziente.

Ebbene, concludono le Sezioni Unite, non ogni intervento assumerà rilevanza penale ma solo quello che abbia avuto esito infausto.

Più precisamente, in mancanza di consenso del paziente viene meno una condizione di liceità della condotta medica con la conseguenza che se il paziente riporterà una conseguenza infausta il medico dovrà risponderne penalmente, ricorrendo tutti gli altri presupposti della responsabilità penale; lì dove, però, tale conseguenza infausta non vi sia stata, il medico non risponderà, ma solo perché mancherà l'evento del reato (lesioni e/o morte) e, a

³⁸ Appare opportuno riportare i passaggi motivazionali della sentenza in cui non mancano significativi riferimenti all'elaborazione in materia della Corte Costituzionale:

"Dalla disamina testè compiuta" - il riferimento è, per l'appunto, alle pronunce fino a quel momento adottate a sezione semplici, dallo stesso giudice di legittimità, "emerge, dunque, come primo dato di riflessione, il sostanziale recepimento in sede penale della tesi civilistica della cosiddetta autolegittimazione della attività medica, la quale rinverrebbe il proprio fondamento, non tanto nella scriminante tipizzata del consenso dell'avente diritto, come definita dall'art. 50 cod. pen., quanto nella stessa finalità, che le è propria, di tutela della salute, come bene costituzionalmente garantito. Al riguardo, la giurisprudenza costituzionale ha da tempo messo in luce la circostanza che il bene della salute è tutelato dall'art. 32, primo comma, della Costituzione, «non solo come interesse della collettività ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo» (sentenza n. 356 del 1991), che impone piena ed esaustiva tutela (sentenze n. 307 e 455 del 1990), in quanto «diritto primario e assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati» (sentenze n. 202 del 1991, n. 559 del 1987, n. 184 del 1986, n. 88 del 1979). Il diritto ai trattamenti sanitari è dunque tutelato come diritto fondamentale nel suo «nucleo irrinunciabile del diritto alla salute, protetta dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto» (v., fra le altre, sentenze n. 432 del 2005, n. 233 del 2003, n. 252 del 2001, n. 509 del 2000, n. 309 del 1999, n. 267 del 1998). Anche al di fuori di tale nucleo, d'altra parte, il diritto a trattamenti sanitari «è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato alla attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento». Ciò comporta che, al pari di ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive, il diritto a trattamenti sanitari diviene per il cittadino «pieno e incondizionato» nei limiti in cui lo stesso legislatore, attraverso una non irragionevole opera di bilanciamento fra i valori costituzionali e di commisurazione degli obiettivi conseguentemente determinati sulla falsariga delle risorse esistenti, predisponga adeguate possibilità di fruizione delle prestazioni sanitarie (cfr., ex plurimis sentenza n. 432 del 2005, n. 304 e 218 del 1994, n. 247 del 1992, n. 455

del 1990). Peraltro, proprio in attuazione del principio del supremo interesse della collettività alla tutela della salute, consacrata come fondamentale diritto dell'individuo dall'art. 32 Cost., «l'inferno assurge, nella nuova concezione della assistenza ospedaliera, alla dignità di legittimo utente di un pubblico servizio, cui ha pieno ed incondizionato diritto, e che gli vien reso, in adempimento di un inderogabile dovere di solidarietà umana e sociale, da apparati di personale e di attrezzature a ciò strumentalmente preordinati e che in ciò trovano la loro stessa ragion d'essere» (sentenza n. 103 del 1977)".

³⁹ Ad una tale conclusione le Sez. Un. pervengono osservando, altresì, che: "L'attività sanitaria, pertanto, proprio perché destinata a realizzare in concreto il diritto fondamentale di ciascuno alla salute, ed attuare - in tal modo - la prescrizione, non meramente enunciativa, dettata dall'art. 2 della Carta, ha base di legittimazione (fino a potersene evocare il carattere di attività, la cui previsione legislativa, deve intendersi come "costituzionalmente imposta"), direttamente nelle norme costituzionali, che, appunto, tratteggiano il bene della salute come diritto fondamentale dell'individuo. D'altra parte, non è senza significato la circostanza che l'art. 359 cod. pen. inquadri fra le persone esercenti un servizio di pubblica necessità proprio i privati che esercitano la professione sanitaria, rendendo dunque davvero incoerente l'ipotesi che una professione ritenuta, in se, "di pubblica necessità", abbisogni, per legittimarsi, di una scriminante tipizzata, che escluda l'antigiuridicità di condotte strumentali al trattamento medico, ancorché attuate secondo le regole dell'arte e con esito favorevole per il paziente. Se di scriminante si vuol parlare, dovrebbe, semmai, immaginarsi la presenza, nel sistema, di una sorta di "scriminante costituzionale", tale essendo, per quel che si è detto, la fonte che "giustifica" l'attività sanitaria, in genere, e medico chirurgica in specie, fatte salve soltanto le ipotesi in cui essa sia rivolta a fini diversi da quelli terapeutici (è il caso, come è noto, degli interventi a carattere sperimentale puro o scientifico, e degli interventi che si risolvano in un trattamento di pura estetica). Come, quindi, l'attività del giudice che adotti, secondo legge, una misura cautelare personale non potrà integrare il delitto di sequestro di persona, e ciò non perché la sua condotta è "scriminata" "semplicemente" dall'art. 51 cod. pen., ma in quanto direttamente "coperta" dall'art. 13 Cost., allo stesso modo può dirsi "garantita" dalla stessa Carta l'attività sanitaria, sempre che ne siano rispettate le regole ed i presupposti".

ben vedere, mancheranno, di regola, anche gli elementi costitutivi di quelle fattispecie evocate da certa giurisprudenza come a tutela della libertà di autodeterminazione.

Il riferimento è, segnatamente, alla fattispecie di violenza privata di cui all'art. 610 c.p.: *“Ferma restando, dunque, la sicura illiceità, anche penale, della condotta del medico che abbia operato in corpore vili “contro” la volontà del paziente, direttamente o indirettamente manifestata, e ciò a prescindere dall’esito, fausto o infausto, del trattamento sanitario praticato, trattandosi di condotta che quanto meno realizza una illegittima coazione dell’altrui volere, l’ipotesi controversa, sulla quale occorre soffermarsi, riguarda invece il caso in cui, anche se “in assenza” di consenso espresso allo specifico trattamento praticato, il risultato dello stesso abbia prodotto un beneficio per la salute del paziente. E ciò perché, non necessariamente il mancato rispetto delle regole di deontologia medica e degli stessi principi affermati in tema di consenso informato dalla Corte costituzionale e dalla stessa giurisprudenza di legittimità determinano la automatica applicabilità delle fattispecie penali che, “tradizionalmente”, sono state evocate a tale riguardo. Occorre, infatti, verificare se quelle fattispecie, pur nell’ambito - e nei limiti - di un percorso ermeneutico che adegui la peculiarità del caso alla struttura delle norme (certo “pensate” per altri fini), siano o meno suscettibili di “attrarre” nella propria sfera precettiva il “fatto” di cui qui si tratta, senza debordare dai confini entro i quali è consentita l’interpretazione nel campo del diritto penale sostanziale”.*

In particolare, con riferimento al caso concreto portato alla sua attenzione, la Suprema Corte ritiene difetti la possibilità stessa di configurare una violenza che abbia costretto il paziente a subire una condotta non voluta *“...va infatti rammentato, anzitutto, che la giurisprudenza di questa Corte ha più volte avuto modo di puntualizzare che, ai fini della configurabilità del delitto di violenza privata, il requisito della violenza si identifica in qualsiasi mezzo idoneo a privare coattivamente l’offeso della libertà di determinazione ed azione, ben potendo trattarsi di violenza fisica, propria, che si esplica direttamente nei confronti della vittima, o di violenza impropria, che si attua attraverso l’uso di mezzi anomali diretti ad esercitare pressioni sulla volontà altrui, impedendone la libera determinazione (v. in tal senso, Cass., Sez. V, 18 dicembre 2002, n. 5407/03, De Bortolo; Sez. V, 17 giugno 2002, n. 30175, P.G. in proc. Rossello; Sez. V, 16 maggio 2002, n. 24175, P.G. in proc. Cardilli).*

E si è pure puntualizzato, in proposito, che l’elemento oggettivo del reato di cui all’art. 610, cod. pen., è costituito da una violenza o da una minaccia che abbiano l’effetto di costringere taluno a fare, tollerare, od omettere una determinata cosa... Il che sembra rendere del tutto impraticabile l’ipotesi che siffatti requisiti possano ritenersi soddisfatti nella specifica ipotesi che qui interessa. La violenza, infatti, è un connotato essenziale di una condotta che, a sua volta, deve atteggiarsi alla stregua di mezzo destinato a realizzare un evento ulteriore: vale a dire la costrizione della vittima a fare, tollerare od omettere qualche cosa; deve dunque trattarsi di “qualcosa” di diverso dal “fatto” in cui si esprime la violenza. Ma poiché, nella specie, la violenza sulla persona non potrebbe che consistere nella operazione; e poiché l’evento di coazione risiederebbe nel fatto di “tollerare” l’operazione stessa, se ne deve dedurre che la coincidenza tra violenza ed evento di “costrizione a tollerare” rende tecnicamente impossibile la configurabilità del delitto di cui all’art. 610 cod. pen. ... Nei confronti del paziente anestetizzato pleno iure, perché nel quadro di un concordato intervento terapeutico, il chirurgo che si discosti da quell’intervento e ne pratici un altro potrà dirsi commettere un fatto di abuso o di approfittamento di quella condizione di “incapacitazione” del paziente, ma non certo di “costrizione” della sua volontà, proprio perché, nel frangente, difetta quel requisito di contrasto di volontà fra soggetto attivo e quello passivo che costituisce presupposto indefettibile, insito nel concetto stesso di coazione dell’essere umano, “verso” (e, dunque, per realizzare consapevolmente) una determinata condotta attiva, passiva od omissiva”.

Si badi bene, ne discende che lì ove il medico agisca contro la volontà espressa del paziente la sua responsabilità penale sarà ineludibile, sia in caso di esito fausto che di esito infausto, perché in tal caso almeno le fattispecie a tutela dell’autodeterminazione ben potrebbero essere integrate.

In definitiva, volendo provare a schematizzare le conclusioni cui sono pervenute le Sez. Un., si delineano i seguenti principi:

a) la volontà del paziente - *sub specie* del consenso informato - è condizione di liceità dell’attività medico -chirurgica, trovando la libertà di autodeterminazione tutela nella Costituzione al pari del diritto alla salute e a completamento dello stesso come diritto a scegliere compiutamente le cure a cui essere sottoposto;

b) se il medico agisce contro la volontà del paziente potrà essere chiamato a rispondere dei reati posti a tutela della volontà stessa ed integrati, di volta in volta, dal tipo di condotta materiale posta in essere (ad es., art. 610 c.p.);

c) se, invece, l'operatore sanitario omette di acquisire il consenso, ad esempio in ipotesi di impossibilità a farlo perché il paziente è già in stato di sedazione per altro intervento a cui ha prestato il consenso, e si trova costretto a mutare tipo di intervento, non risponderà di alcuna fattispecie penale, non essendo configurabile una violazione della volontà del paziente penalmente rilevante e non potendo rispondere, anche in ipotesi di esito infausto della sua condotta, di lesioni o morte, per il solo fatto di non aver acquisito il consenso.

d) la responsabilità colposa per lesioni o morte potrà aversi solo a fronte di violazione di regole cautelari che attengono all'esecuzione dell'attività ed in presenza degli altri presupposti fissati dal legislatore ed elaborati dalla giurisprudenza sul punto.

Da tale ultima affermazione di principio discende la constatazione che l'obbligo di acquisire il consenso informato non diventa regola cautelare alla cui violazione poter ancorare la responsabilità penale colposa dell'operatore sanitario.

La successiva giurisprudenza, anche di legittimità, si è sostanzialmente conformata ai suddetti principi e, ad esempio, anche di recente, ha affermato che *“L'obbligo d'acquisizione del consenso informato del paziente alla somministrazione del trattamento sanitario non costituisce una regola cautelare e dunque la sua inosservanza da parte del medico non può costituire, nel caso lo stesso trattamento abbia causato delle lesioni, un elemento per affermare la responsabilità a titolo di colpa di quest'ultimo, a meno che la mancata sollecitazione del consenso gli abbia impedito di acquisire la necessaria conoscenza delle condizioni del paziente medesimo. (In applicazione del principio la S.C. ha confermato la sentenza di condanna del medico per le lesioni gravi occorse alla paziente dovute anche all'omessa acquisizione del consenso informato, in mancando il quale egli aveva modificato la metodica d'intervento originariamente concordata senza poter tenere conto delle patologie della paziente)”* - Cass. Sez. 4, Sentenza n. 21537 del 24/03/2015⁴⁰.

10. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Da quanto sopra ricostruito emerge in modo plastico la centralità dell'individuo nel sistema penale ed, ancor più, della sua volontà, sia come autore che come vittima del reato e ciò a conferma, dunque, che il nostro ordinamento è sempre stato e lo è divenuto sempre di più “uomo - centrico”, con attenzione alla sfera più intima della persona - la sua volontà.

Quel che in conclusione preme evidenziare e che tale prospettiva si è progressivamente, a ben vedere, estesa dall'ambito sostanziale a quello processuale.

In tale sede, l'attenzione alla volontà si è tradotta in una ricerca più marcata dell'esatta ricostruzione della volontà della vittima del reato, con accorgimenti in ordine alle modalità di escussione volti, da un lato, ad impedire forme di alterazione e suggestionabilità del ricordo in sede di esame della vittima (si pensi alla ormai nota tematica delle vittime vulnerabili⁴¹) e dall'altro, ad impedire forme di vittimizzazione secondaria, anche in tal caso adottando modalità che non esponano la vittima del reato a sentimenti di vergogna.

Tutto ciò deve confortare.

Persino nell'accertamento processuale, connotato apparentemente da asetticità e, ormai, come noto, da spinte all'efficienza e al produttivismo, l'uomo rimane centrale, e così la sua volontà e l'esigenza di accertarla e ricostruirla nel modo più fedele possibile alla realtà delle cose, con la consapevolezza dell'impossibilità per chiunque di accedere davvero a ciò che può animare l'individuo e che si può, certo, tradurre in forme inconsce di agire che financo l'interessato non è in grado di realizzare ed ammettere a se stesso compiutamente.

⁴⁰ Conf. Cass., Sez. VI, 18 aprile 2018, n. 31628. Su apparenti eccezioni al principio si veda Paolo Piras, *La colpa per omessa informazione al paziente che si autodimette*, in *Sist. Pen.*, aprile 2023.

⁴¹ Sul quale, di recente, v. Cass., SS.UU., 12 dicembre 2024 - 18 marzo 2025, n. 10869.