

Consenso informato al trattamento sanitario e diritti del nascituro

Quesito n. 1

Tizia si sottopose ad un intervento chirurgico per cataratta subendo l'asportazione del cristallino dell'occhio destro. In seguito all'intervento però iniziò a soffrire per le complicazioni successive all'intervento stesso e le lesioni che ne aveva riportato (in particolare una cheratite corneale).

Decise quindi di agire in giudizio per ottenere il risarcimento dei danni da parte del medico, dott. Sempronio, che le aveva praticato l'intervento, in quanto questi le aveva taciuto della possibilità di incorrere in tali conseguenze.

Il candidato, assunte le vesti del legale di Tizia, rediga parere motivato, soffermandosi sulla questione dell'onere della prova circa il consenso informato all'intervento.

Svolgimento

Il caso in esame pone in rilievo la delicata questione dell'obbligo degli operatori sanitari di fornire ai loro pazienti una preventiva e completa informazioni sui trattamenti a cui stanno per sottoporsi.

Il cd. **consenso informato** costituisce, infatti, un momento necessario nello svolgimento dell'attività medica, poiché il paziente non può essere sottoposto passivamente a qualunque trattamento sanitario ma è necessario il suo consenso, che deve essere prestato dopo aver ricevuto idonee informazioni e sufficienti elementi di valutazione in ordine al trattamento al quale sarà sottoposto e ai rischi che da tale trattamento possono derivare. Esso può, quindi, definirsi come l'accettazione che il paziente esprime a un trattamento sanitario, in maniera libera e non mediata dai familiari, dopo essere stato informato sulle modalità di esecuzione, sui benefici, sugli effetti collaterali e sui rischi ragionevolmente prevedibili, nonché sull'esistenza di valide alternative terapeutiche. A livello formale esso è rappresentato da un atto scritto, controfirmato dal paziente o dal legale rappresentante in caso di soggetto minore o incapace. Secondo la definizione che ne dà la Corte costituzionale (Cass. 438/2008) esso è espressione

della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico ed è un vero e proprio diritto della persona che trova fondamento negli artt. 2, 13 e 32 Cost.

La necessità del consenso trova il suo **fondamento normativo**, in primo luogo, nell'**art. 13 Cost.**, il quale sancisce l'inviolabilità della libertà personale nel cui ambito deve ritenersi inclusa la libertà di salvaguardare la propria salute e la propria integrità fisica, escludendone ogni restrizione se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e nei modi previsti dalla legge.

Altra norma di particolare rilevanza in questa materia è l'**art. 32 Cost.**, secondo il quale «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge (la quale) non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana; nonché l'art. 2 Cost. poiché, come è stato affermato dalla giurisprudenza di merito, il diritto in esame *«appartiene ai diritti inviolabili della persona ed è espressione del diritto all'autodeterminazione in ordine a tutte le sfere ed ambiti in cui si svolge la personalità dell'uomo, fino a comprendere anche la consapevole adesione al trattamento sanitario (con legittima facoltà di rifiutare quegli interventi e cure che addirittura possano salvare la vita del soggetto)»* (Trib. Milano, 29-3-2005, n. 3520).

Ed è proprio in attuazione di tali principi che la L. 180/1978, sulla riforma dei manicomi, ha stabilito che gli *«accertamenti e trattamenti sanitari sono volontari»* salvi i casi espressamente previsti, concetto poi ribadito dalla L. 833/1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, il cui art. 33 dispone che *«gli accertamenti e i trattamenti sanitari sono, di norma, volontari»*.

Infine anche il nuovo **Codice di deontologia medica** (approvato il 16-12-2006) riconosce il consenso informato, stabilendo, all'art. 35, che *«il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'accettazione del consenso esplicito ed informato del paziente»*; esso, inoltre, precisa che *«il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e sulle eventuali alternative diagnostiche-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate. Il medico dovrà comunicare con il soggetto tenendo conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuoverne la massima partecipazione alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche (...)»*.

La formazione del consenso presuppone, dunque, una specifica informazione su ogni aspetto dell'intervento medico-chirurgico, che non può che provenire dal sanitario che deve prestare la sua attività professionale; l'obbligo di informazione si estende ai *rischi prevedibili* e non anche agli esiti anomali dell'intervento, che non assumono rilievo secondo l'*id quod plerumque accidit*, non potendosi disconoscere che l'operatore sanitario deve contemperare l'esigenza di informazioni con la necessità di evitare che il paziente, per una qualsiasi

remota eventualità, eviti di sottoporsi anche ad un banale intervento (cfr. Cass. n. 14638/2004).

Qualora l'operatore sanitario non abbia adempiuto a questo obbligo di informazione, come delineato, si avrà una responsabilità, di natura contrattuale o extracontrattuale (più precisamente precontrattuale *ex art.* 1337 c.c.), a seconda che si ritenga che il difetto d'informazione costituisca inadempimento di un contratto già pienamente perfezionato o incida soltanto sulla fase delle trattative.

Un primo orientamento giurisprudenziale, infatti, ha affermato la **natura precontrattuale** della responsabilità da omessa informazione, collegando l'obbligo di informazione al comportamento secondo buona fede cui le parti sono appunto tenute nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (Cass. n. 10014/1994; n. 364/1997).

La violazione di tale obbligo di informazione, inoltre, consistendo in un dovere di comportamento, costituisce non un vizio (*nullità*) del contratto, in mancanza di una esplicita previsione in tal senso, ma un inadempimento del contratto di prestazione d'opera intellettuale, comportando, quindi, il **risarcimento del danno**, come di recente affermato dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite (sentenza n. 26724/2007; conf. Cass. n. 10741/2009).

La giurisprudenza più recente, invece, è orientata nel senso che l'intervento del medico (anche solo in funzione diagnostica) dà comunque luogo all'instaurazione di un rapporto di natura **contrattuale**, dal che ne deriva che, per tornare al caso che qui ci occupa, una volta effettuata la diagnosi in esecuzione del contratto, il medico deve illustrare al paziente tutte le possibili conseguenze della terapia o dell'intervento cui deve sottoporsi, al fine di ottenere il necessario consenso del paziente all'esecuzione della prestazione terapeutica (Cass. 2847/2010).

Quando il consenso non sia stato richiesto, anche se l'intervento o la terapia sono eseguiti in maniera corretta e vi sono conseguenze lesive per il paziente, sorge la responsabilità del sanitario (Cass. 9374/1997).

Resta da analizzare l'altro elemento per cui si può configurare una forma di responsabilità. Infatti, una volta stabilito che il sanitario risponde per il mancato consenso, occorre stabilire un nesso eziologico tra l'intervento (o il trattamento terapeutico) e il danno alla salute e tale legame va poi valutato in base al rapporto tra mancata informazione del paziente ed esecuzione dell'intervento o del trattamento. Quindi, in ipotesi come quella prospettata, l'indagine da effettuarsi è nel senso se, in presenza di un consenso informato circa i possibili rischi dell'intervento cui deve sottoporsi, il paziente avrebbe acconsentito lo stesso o no.

D'altro canto diritto alla salute e diritto all'autodeterminazione sono diritti diversi, il secondo in particolare è espressione della libertà dell'individuo non solo di scegliere a quale tipo di intervento sottoporsi, ma anche di decidere se rifiutarlo.

Così inquadrato il primo aspetto fondamentale della vicenda, cioè la prestazione del consenso informato, occorre ora soffermarsi sul turbamento e sulla sofferenza arrecati ad un paziente che incorra in conseguenze del tutto inaspettate e quindi difficili da accettare. Ciò configura il danno non patrimoniale, che è l'effetto della mancata informazione del paziente e che è risarcibile (alla stregua delle fondamentali pronunce della Cassazione 26972 e 26974 del 2008) solo nel caso in cui superi il limite della normale tollerabilità.

In merito poi all'**onere probatorio**, esso grava sul paziente (Cass. 2847/2010) per diversi motivi: 1) perché la prova del nesso causale tra inadempimento e danno spetta sempre alla parte lesa che pretende il risarcimento; 2) perché in questo caso bisogna provare il rifiuto che sarebbe stato dato all'intervento dal paziente correttamente informato e ciò anche per il principio di vicinanza della prova.

Dunque Tizia potrà agire nei confronti del dott. Sempronio per il risarcimento delle conseguenze negative dell'intervento chirurgico cui si è sottoposta senza un consenso informato, ma dovrà dimostrare che in presenza di una corretta informazione quel consenso non sarebbe stato prestato.

Riferimenti normativi e giurisprudenziali

(V. *amplius* SIMONE, Codice Civile Commentato - C1, ed.2011)

Sul comportamento secondo correttezza e diligenza delle parti nell'esecuzione delle prestazioni:

- art. 1175 c.c.: *Profili generali*.
- art. 1176 c.c.: *Profili generali; Diligenza nell'esercizio di attività professionali*.

Sul risarcimento per fatto illecito:

- art. 2043 c.c.: *Responsabilità medico-professionale; consenso informato*.

Sulla responsabilità dei padroni e committenti:

- art. 2049 c.c.: *Casistica*.

Diritti della personalità e foto in «rete»

Quesito n. 2

Tizio, dopo due anni di fidanzamento con Caia, interrompe la relazione. Caia inizialmente si mostra ragionevole e corretta, ma dopo alcuni giorni, nel proposito di vendicarsi nei confronti di Tizio, frattanto legatosi ad una sua amica, decide di nascondersi in prossimità dell'abitazione del suo ex compagno, per registrare mediante videocamera gli incontri fra i due amanti.

Eseguita la registrazione, Caia riversa il contenuto del nastro nel proprio PC, per poi immetterlo in rete.

Dopo alcuni giorni Tizio, navigando in rete, si imbatte in un sito contenente le immagini abusivamente registrate da Caia.

Tizio si rivolge quindi ad un legale per valutare la possibilità di agire in giudizio nei confronti della sua ex fidanzata.

Il candidato, premessi brevi cenni sugli istituti giuridici coinvolti, rediga motivato parere, soffermandosi anche sulla problematica del giudice territorialmente competente per la controversia.

Svolgimento

La vicenda delineata dalla presente traccia investe l'importante tematica dei **diritti della personalità**, con particolare riguardo al **diritto all'immagine** ed alla **riservatezza**.

Il punto di avvio dell'intera vicenda è rappresentato dalla rottura del legame sentimentale esistente tra Tizio e Caia, a seguito della quale quest'ultima provvede a registrare abusivamente un filmato che ritrae scene di vita privata dell'ex fidanzato con la sua nuova compagna, decidendo di vendicarsi di loro, diffondendole in rete.

La condotta di Caia ha oggettivamente compromesso il diritto di Tizio e di Mevia alla diffusione lecita ed autorizzata della propria immagine, nonché alla intangibilità della sfera più intima della propria vita privata, diritti che trovano il loro fondamento giuridico nell'art. 2 della Costituzione.

Questa norma, infatti, riconosce e garantisce i diritti fondamentali dell'individuo, quale mezzo per assicurare ad ogni uomo il corretto sviluppo della propria personalità, all'interno delle diverse formazioni sociali.

Il tenore della suddetta norma è stato utilizzato dalla giurisprudenza quale chiave di volta per dare ingresso nel nostro ordinamento a situazioni giuridiche non tipizzate in una specifica norma.

In particolare, l'art. 2 Cost. costituisce il fondamento giuridico del diritto alla riservatezza, che si concretizza nella tutela dall'ingerenza altrui in vicende attinenti alla vita personale e familiare che, anche se verificatesi al di fuori del proprio domicilio, non presentano caratteristiche tali da giustificare la diffusione e la pubblicizzazione, non avendo per i terzi un interesse socialmente apprezzabile.

L'ulteriore diritto leso dalla condotta di Caia ha per oggetto la loro immagine e trova riconoscimento giuridico nell'art. 10 c.c. e negli artt. 96 e 97 della legge n. 633/1941 sul diritto d'autore.

Infatti, come altresì confermato dalla giurisprudenza di legittimità — in ultimo con la sentenza n. 21172 del 29-9-2006 — l'immagine di ogni individuo è un bene personale, la cui diffusione e pubblicazione devono essere preventivamente autorizzate e non possono comunque arrecare pregiudizio all'onore ed alla reputazione della persona ritratta.

Alla luce delle precedenti considerazioni, la diffusione via internet di un filmato avente ad oggetto incontri avvenuti fra Tizio e Mevia integra la violazione del diritto alla riservatezza e l'abusivo utilizzo dell'altrui immagine, facendo sorgere in capo agli stessi il diritto al risarcimento del danno da fatto illecito, ai sensi dell'art. 2043 c.c. (Cass. 25-3-2003, n. 4366).

Inoltre, come già precedentemente affermato, secondo quanto stabilito dall'art. 10 cod. civ. e dagli artt. 96 e 97 della legge 22 aprile 1941, n. 633 sul diritto d'autore, l'esposizione o la pubblicazione dell'immagine altrui, è abusiva non soltanto quando avvenga senza il consenso della persona o senza il concorso delle altre circostanze espressamente previste dalla legge come idonee a escludere la tutela del diritto alla riservatezza — quali la notorietà del soggetto ripreso, l'ufficio pubblico dallo stesso ricoperto, la necessità di perseguire finalità di giustizia o di polizia, oppure scopi scientifici, didattici o culturali, o il collegamento della riproduzione a fatti, avvenimenti, cerimonie d'interesse pubblico o svoltisi in pubblico — ma anche quando, pur ricorrendo quel consenso o quelle circostanze, l'esposizione o la pubblicazione sia tale da arrecare pregiudizio all'onore, alla reputazione o al decoro della persona medesima (Cass. 21172/2006).

Invero, la condotta di Caia costituisce la causa esclusiva del danno ingiusto arrecato ai due giovani fidanzati, condotta posta in essere consapevolmente e con l'intento specifico di recare pregiudizio agli stessi.

Tuttavia, il **diritto al risarcimento del danno** non scaturisce automaticamente dall'accertata lesione del suddetto diritto alla riservatezza, dovendo essere provata l'esistenza e l'entità del pregiudizio di cui si chiede il ristoro.

Nel caso di specie, in considerazione della capacità della rete informatica di raggiungere qualsiasi parte del mondo, rendendo accessibile a tutti il contenuto delle immagini e dei messaggi diffusi, il risarcimento del danno dovrà essere proporzionato alla potenzialità offensiva della condotta di Caia. In tal caso il danno risarcibile *ex art.* 2043 c.c. si identifica con l'evento lesivo (c.d. danno evento) e si verifica, in astratto, allorché il sito contenente l'immagine lesiva viene «visitato» (Cass. 8-5-2002, n. 6591).

Inoltre, la liquidazione del danno non patrimoniale *ex art.* 2059 c.c. dovrà tener conto delle condizioni sociali del danneggiato, in quanto la sofferenza psicologica patita a causa della diffusione abusiva di immagini di vita privata è ritenuta, dalla giurisprudenza di legittimità, proporzionale alla posizione sociale e professionale ricoperta dal soggetto danneggiato (Cass. 1-3-1993, n. 2491). In tale ambito, risulta altresì di fondamentale importanza il recente orientamento della giurisprudenza di legittimità (**Cass. 16-5-2008, n. 12433**) secondo il quale **l'illecita pubblicazione dell'immagine** altrui obbliga l'autore al **risarcimento dei danni non patrimoniali sia ai sensi dell'art. 10 cod. civ., sia** in virtù dell'art. 29 della legge n. 675 del 1996 (ora D.Lgs. 196/2003), ove la fattispecie configuri anche violazione del **diritto alla riservatezza**, nonché per effetto della protezione costituzionale dei diritti inviolabili della persona, come previsto dall'art. 2 della Costituzione, che, di per sé, integra una ipotesi legale (al suo massimo livello di espressione) di risarcibilità dei danni ai sensi dell'art. 2059 cod. civ.

Nel medesimo senso si è espressa, di lì a pochi mesi, la prima sezione della Suprema Corte in relazione alla pubblicazione illecita di un ritratto fotografico ossia la pubblicazione dello stesso in assenza del valido consenso della persona ritratta. L'obbligo al risarcimento è stato dai Giudici di legittimità ritenuto sussistente a prescindere dall'eventuale rilievo che la pubblicazione possa essere avvenuta ad opera non dell'autore dello scatto bensì di un terzo. In tal caso il fotografo potrà solo farsi carico dell'onere probatorio in ordine alla sua estraneità rispetto all'evento pubblicazione col fine precipuo di evitare di dover risarcire il danno in solido con gli altri soggetti cui sia imputabile il fatto dannoso (Cass. 1-9-2008, n. 21995).

Accanto al diritto dell'ex fidanzato di ottenere il risarcimento dei danni cagionati da Caia, costui potrà chiedere all'autorità giudiziaria l'emissione di un **provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.**, al fine di inibire tempestivamente la diffusione delle immagini pubblicate sul sito.

Relativamente alla problematica posta dal quesito circa il giudice territorialmente competente a conoscere della controversia deve segnalarsi da ultimo un importante arresto della Suprema Corte (Cass. Sez. Un. Ord. 21661/2009), in base al quale nel giudizio per il risarcimento dei danni derivanti dal pregiudizio

dei diritti della personalità recati da mezzi di comunicazione di massa, la competenza per territorio si radica, in riferimento al *forum commissi delicti*, nel luogo del domicilio o, in caso di diversità, anche di residenza del soggetto danneggiato. Tale individuazione, che corrisponde al luogo in cui si realizzano le ricadute negative della lesione della reputazione (o come nel nostro caso del diritto all'immagine e alla riservatezza), consente, da un lato di evitare un criterio «ambulatorio» della competenza, potenzialmente lesivo della precostituzione del giudice, e, dall'altro, si presenta aderente alla concezione del danno risarcibile inteso non come danno-evento, bensì come danno-conseguenza, permettendo anche di individuare il giudice competente in modo da favorire il danneggiato.

Riferimenti normativi e giurisprudenziali

(V. *amplius* SIMONE, Codice Civile Commentato - C1, ed. 2011)

In relazione al diritto all'immagine:

- art. 10 c.c.: *Tutela del diritto all'immagine: presupposti e limitazioni.*

In relazione al risarcimento del danno da fatto illecito:

- art. 2043 c.c.: *Casistica; Responsabilità dei mezzi di informazione e diritto di cronaca.*

In relazione al risarcimento del danno morale:

- art. 2059 c.c.: *Criteri di liquidazione.*

Rilevanza dell'età della persona offesa nell'aggravante della minorata difesa

Quesito n. 1

Mevio, è un anziano signore che, dopo una vita dedicata al suo lavoro, si gode i proventi della sua pensione, nella provincia di BETA.

Durante una delle sue solite passeggiate, viene fermato da un giovane sconosciuto con il quale intrattiene una lunga conversazione.

Con fare gentile il giovane Caio, rendendosi conto della scarsa lucidità del suo interlocutore dovuta all'età avanzata, convince Mevio ad aiutarlo in una donazione benefica, che lo stesso intende concludere con un deposito presso un notaio.

In particolare, il giovane rappresenta che la somma deve essere depositata immediatamente e, per tale motivo chiede a Mevio di fargli un prestito.

Quest'ultimo convinto dalla veridicità di quanto gli viene raccontato, dopo aver effettuato un prelievo bancario, procura una cospicua somma di denaro a Caio, che promette di rendergliela al più presto.

Trascorsi alcuni giorni, Mevio si rende conto di essere stato truffato da Caio e decide di denunciarlo.

Il candidato, rediga motivato parere, analizzando nello specifico l'aggravante rintracciabile nel caso in esame in riferimento all'età della persona offesa, anche alla luce della novella normativa della L. 15-7-09, n. 94.

Svolgimento

La soluzione della questione postula, in primo luogo, l'analisi della fattispecie legale della truffa.

Commette il delitto in esame *«chiunque, con artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno»*.

Il nucleo essenziale del delitto è, dunque, l'*inganno*, sulla cui base la vittima viene indotta dall'agente a compiere un atto, positivo o negativo, che comporta una diminuzione del suo patrimonio e che non avrebbe compiuto senza la frode dell'agente.

Scopo della norma è, quindi, *la tutela della libertà del consenso nei negozi patrimoniali* (così espressamente ANTOLISEI e la giurisprudenza dominante).

Il delitto di truffa costituisce un tipo di reato difficile da provare in concreto, sia perché abbraccia una serie di figure tra loro dissimili, sia perché l'arguzia del truffatore è così sottile e smalzata che si è costretti, il più delle volte, ad indagare sulle intenzioni dell'agente più che sulla materialità del fatto.

Il delitto in esame consta, comunque, di quattro elementi.

La truffa, in *primo luogo*, presuppone una *condotta fraudolenta consistente* nell'ottenere la cosa altrui o, comunque, nel conseguire un ingiusto profitto con altrui danno mediante *artifici o raggiri*.

In particolare, l'*artificio* si sostanzia nel far apparire come vera una situazione non riscontrabile nella realtà, mentre il *raggiri* consiste in un discorso o ragionamento teso a produrre un falso convincimento nella vittima.

In definitiva: *l'artificio opera sulla realtà esterna, il raggiri direttamente sulla psiche dell'ingannato* (ANTOLISEI, MANZINI, MARINI).

Si discute se la *menzogna*, il *silenzio* e la *reticenza* costituiscano o meno condotta fraudolenta.

Con riferimento alla *menzogna*, dottrina e giurisprudenza rispondono in senso positivo, affermando che l'artificio e il raggiri di cui parla l'art. 640 non consistono soltanto in una particolare, sottile e astuta messa in scena, essendo sufficiente a concretarli qualsiasi simulazione o dissimulazione o qualsiasi subdolo espediente posto in essere per indurre taluno in errore, per cui anche la *semplice menzogna*, quando sia architettata e presentata in modo tale da assumere l'aspetto della verità, e da indurre in errore il soggetto passivo, *può integrare l'elemento materiale del reato di truffa*.

In base a tali considerazioni, si ritiene che anche la *maliziosa reticenza* ed il *silenzio maliziosamente serbato* possano costituire artificio o raggiri quando si concretino nella violazione di uno specifico obbligo giuridico di comunicazione (così tra le ultime Cass., sent. 17688 del 16-4-2004) ovvero del generale principio di buona fede.

La Suprema Corte, inoltre, ha ribadito tale assunto anche in materia di truffa contrattuale, affermando che il silenzio, maliziosamente serbato su alcune circostanze rilevanti sotto il profilo sinallagmatico da parte di colui che abbia il dovere di farle conoscere, integra l'elemento oggettivo del raggiri, idoneo a determinare il soggetto passivo a prestare un consenso che altrimenti avrebbe negato (Cass. II, sent. 39905 del 2-11-2005).

In dottrina, invece, MANZINI ritiene che il semplice silenzio non costituisca artificio o raggiri, neppure nel caso in cui l'agente che serbò il silenzio avesse l'obbligo giuridico di parlare.

ANTOLISEI, a sua volta, ritiene che la menzogna non deve consistere in uno di quegli inganni che sono tipici di certi ambienti e che la coscienza sociale giudica sì riprovevoli, ma come semplici scorrettezze (esempio: magnificare eccessivamente le qualità di un prodotto posto in vendita).

Gli artifici o i raggiri devono mirare ad *indurre* taluno in *errore*, tuttavia, l'art. 640 non richiede l'idoneità ingannatoria dei mezzi adoperati dall'agente.

Al proposito, la giurisprudenza ritiene che tale idoneità non vada valutata in astratto bensì in concreto, avendo cioè riguardo alla particolare situazione di fatto, alle modalità di esecuzione del reato, allo stato psichico ed intellettuale della vittima (così Cass., sent. 13624 del 25-3-2003).

A ben guardare, il problema assume rilevanza solo in caso di tentativo in quanto, nell'ipotesi di truffa consumata, l'idoneità ingannatoria della condotta si rinviene nel fatto stesso del reato (così Cass., 7 dicembre 1990).

Il *secondo elemento* indispensabile per il configurarsi della truffa è l'*induzione in errore e il compimento dell'atto di disposizione patrimoniale*.

Gli artifici ed i raggiri usati dall'agente, infatti, devono avere come conseguenza proprio l'*induzione in errore* della persona, consistente nella positiva certezza da parte di quest'ultima dell'esistenza di una situazione che in realtà non esiste.

L'inganno posto in essere dal soggetto attivo non viene eliminato per il solo fatto che l'induzione in errore sia stata facilitata dalla *leggerezza di colui al quale l'inganno era rivolto* (così MANZINI e ANTOLISEI).

È altresì giurisprudenza costante che il delitto di truffa sia ravvisabile *anche* nel caso in cui la persona indotta in errore non si identifichi col danneggiato.

È poi pacifico che il delitto di truffa, non venga meno per il fatto che sia stata la *stessa vittima a rivolgersi al colpevole*, poiché l'iniziativa di quest'ultimo non è indispensabile all'esistenza del reato, bastando che il soggetto abbia determinato o rafforzato l'errore in cui la vittima si trovi.

Diverso è, invece, il caso in cui il soggetto si sia limitato semplicemente a sfruttare l'errore in cui si trovava l'altro soggetto, errore non da lui determinato né da lui rafforzato: in tal caso, siamo fuori dal reato di truffa, e chi ha sfruttato l'errore non potrà essere chiamato a risponderne.

Con riferimento all'errore cagionato dall'artificio o raggio, la vittima deve *compiere un atto di disposizione patrimoniale*: è questo ciò che ANTOLISEI chiama il *requisito tacito della truffa*, l'elemento, cioè, non espressamente previsto dalla norma incriminatrice ma implicitamente supposto.

Perché si abbia truffa occorre che vi sia un effettivo nesso di causalità fra gli artifici o raggiri, l'errore e la determinazione del consenso del truffato all'atto dispositivo.

Tale nesso causale deve essere concretamente accertato (Cass., sent. 4474 del 12-5-1984).

L'atto dispositivo può avere ad oggetto qualsiasi elemento del patrimonio e, quindi, non solo beni mobili, ma anche beni immobili e diritti reali o di credito. È fuori dubbio, poi, che la disposizione patrimoniale può avere anche carattere omissivo, come ad esempio la mancata riscossione di un credito o il mancato esercizio di un diritto a seguito del raggio.

In ogni caso, pur non esigendosi l'identità tra la persona indotta in errore e quella che subisce conseguenze patrimoniali negative per l'effetto dell'induzione in errore, va esclusa la configurabilità del reato nel caso in cui il soggetto indotto in errore sia un giudice che, sulla base di una testimonianza falsa, abbia adottato un provvedimento giudiziale contenente una disposizione patrimoniale favorevole all'imputato: detto provvedimento non è, infatti, equiparabile ad un libero atto di gestione di un interesse altrui, costituendo (non espressione di libertà negoziale, bensì) esplicazione del potere giurisdizionale, di natura pubblicistica, finalizzato all'attuazione delle norme giuridiche ed alla risoluzione dei conflitti di interessi tra le parti (Cass., sent. 29929 del 23-7-2007).

L'atto dispositivo compiuto dalla vittima come conseguenza dell'induzione in errore, dovuta agli artifici o raggiri, deve procurare alla stessa il terzo elemento essenziale del reato di truffa, cioè un *danno patrimoniale*.

Tale *danno* deve avere, per concorde dottrina (MANZINI e ANTOLISEI), *sempre natura patrimoniale*: la sua essenza è costituita non solo dalla perdita di un bene patrimoniale, ma anche dal mancato acquisto di una utilità economica che il soggetto passivo si riprometteva dalla prestazione carpitagli. Il danno, inoltre, può ravvisarsi in qualsiasi atto dispositivo del patrimonio che il soggetto passivo non avrebbe compiuto se non indottovi con la frode.

Anche secondo la Suprema Corte, mentre il requisito del profitto ingiusto può comprendere in sé qualsiasi utilità, incremento o vantaggio patrimoniale, anche a carattere non strettamente economico, l'elemento del danno deve avere necessariamente contenuto patrimoniale ed economico, consistendo in una lesione concreta e non soltanto potenziale che abbia l'effetto di produrre mediante la «cooperazione artificiosa della vittima» che, indotta in errore dall'inganno ordito dall'autore del reato, compie l'atto di disposizione, la perdita definitiva del bene da parte della stessa; ne consegue che in tutte quelle situazioni in cui il soggetto passivo assume, per incidenza di artifici e raggiri, l'obbligazione della dazione di un bene economico, ma questo non perviene, con correlativo danno, nella materiale disponibilità dell'agente, si verte nella figura di truffa tentata e non in quella di truffa consumata (Sez. Un., sent. 1 del 19-1-1999).

È con riferimento all'ipotesi di *danno patrimoniale* che si pone il dibattuto problema della cd. *truffa contrattuale*, che ricorre quando l'agente, mediante artifici o raggiri posti in essere nel momento della formazione di un negozio giuridico, induca la vittima a concludere il negozio stesso.

Se non v'è dubbio che il reato sussista in tutte quelle ipotesi in cui la vittima, a seguito dell'artificio o raggiro, abbia concluso il contratto a condizioni per lui sfavorevoli e che non avrebbe accettato senza la frode dell'altro contraente, si discute se è ravvisabile ugualmente la truffa nel caso in cui la vittima abbia corrisposto il giusto prezzo della cosa acquistata.

Al riguardo, la Cassazione è orientata in senso molto rigoroso, e sostiene che «nel caso di truffa contrattuale, la sussistenza dell'ingiusto profitto e del danno non è esclusa dal fatto che il raggirato abbia corrisposto il giusto prezzo della cosa fornitagli dal soggetto passivo, o del servizio fornito, quando risulti che esso sia stato acquistato per effetto di raggiri (Cass., 28-3-2003, n. 14801 ed in tal senso vedi anche sent. 15094 del 13-4-2007).

In dottrina, ANTOLISEI ritiene che «vi è danno, malgrado la obiettiva equivalenza della controprestazione, se questa non è utilizzabile dall'interessato».

Altri autori (MANZINI, MARINI) e parte della giurisprudenza non concordano con tale indirizzo.

Il *danno*, di cui parla l'art. 640, infatti, non andrebbe inteso soltanto in senso soggettivo, come lo intende la teoria sopra riportata bensì anche e soprattutto in senso oggettivo, cioè come effettiva *deminutio patrimonii* o lucro cessante; così inteso il danno, non può che escludersi la truffa quando vi sia obiettiva equivalenza tra prestazione e controprestazione, anche se alla conclusione del contratto il soggetto è stato indotto dalla frode dell'altro contraente.

Il *quarto*, ed ultimo, elemento essenziale della truffa è costituito dal fatto che al danno della vittima debba corrispondere un *ingiusto profitto* per l'ingannatore o per altri.

In ordine al *profitto*, è pacifico in dottrina e in giurisprudenza (Cass., sent. 30118 del 17-7-2003) che esso, a differenza del danno, si realizza ogni qual volta il soggetto attivo consegua, per effetto dell'attività fraudolenta espletata e della induzione in errore della vittima, l'acquisizione di una qualsiasi utilità, patrimoniale o non (in dottrina, MANZINI e ANTOLISEI; contra, però, MARINI per il quale anche il profitto, come il danno, deve avere carattere economico).

È necessario, però, che il profitto sia *ingiusto*.

Secondo ANTOLISEI è ingiusto il profitto «che non è in alcun modo, né direttamente né indirettamente, tutelato dall'ordinamento giuridico».

Secondo MANZINI, il profitto è ingiusto «quando l'utilità, nella quale si concreta, non è e non può ritenersi dall'agente a lui dovuta».

Il delitto di truffa si consuma, per dottrina e giurisprudenza (Cass., sent. 46369 del 3-12-2003) nel momento in cui l'agente consegue l'ingiusto profitto con altrui danno, anche se tale profitto non corrisponda *in toto* alla previsione o alla finalità dell'agente.

Il tentativo è configurabile; sull'idoneità degli atti si veda quanto detto in precedenza.

Il *dolo* nella truffa consiste nella volontarietà del fatto, nella cosciente direzione della condotta a trarre in inganno la vittima ed a determinare, con tale mezzo, la disposizione patrimoniale da un lato ed il profitto dall'altro.

L'agente, quindi, deve volere non solo la propria *azione*, ma anche l'*inganno* della vittima, come conseguenza della sua azione; la *disposizione patrimoniale*, come conseguenza dell'inganno e, infine, la *realizzazione del profitto* proprio o altrui e del danno della vittima (così espressamente ANTOLISEI).

Il dolo, naturalmente, deve accompagnare tutto l'*iter* criminoso, per cui un dolo solo successivo (come nel caso di chi approfitta dell'errore in cui è caduto per propria esclusiva colpa la stessa vittima) non è sufficiente (Cass., sent. 4423 del 12-5-1984).

Alla luce di quanto appena articolato, in ordine agli elementi del reato di cui all'art. 640 c.p., pacificamente si può ritenere che, nel caso di specie, sussista l'ipotesi delittuosa prevista in tale disposizione.

È palese, infatti, come Caio abbia, mediante artifici e raggiri, indotto il malcapitato Mevio a versargli una cospicua somma di denaro, traendone un indubbio vantaggio patrimoniale.

Se nessuna ulteriore disamina si impone per il delitto di truffa, stante l'evidenza dell'integrazione di tutti gli elementi costitutivi la fattispecie di reato, diversa attenzione merita la sussistenza dell'aggravante della minorata difesa di cui al n. 5 dell'art. 61 c.p.

Sul punto, è necessario partire dalla novella legislativa intervenuta nel 2009, e precisamente dalla L. 94/09, che ha significativamente innovato l'aggravante *de quo*.

Il Legislatore, infatti, ha inteso porre l'attenzione sull'età tra le circostanze di tempo, luogo e di persona atte ad impedire la pubblica o privata difesa.

L'espresso richiamo all'età, in particolare quella senile, ha indotto la Suprema Corte a superare il precedente orientamento in materia.

Infatti, la giurisprudenza di legittimità, fino ad allora, aveva ritenuto non sufficiente per la configurabilità dell'aggravante in questione il semplice riferimento all'età.

I Giudici di Piazza Cavour avevano affermato, infatti, che il mero richiamo all'età doveva necessariamente essere sostenuto da comprovate circostanze dimostrative di decadimento o indebolimento delle facoltà mentali del soggetto, o anche da diversi elementi, comunque idonei a sostenere un menomato apprezzamento della realtà.

In tal senso, infatti, una pronuncia del 2008, e specificamente la n. 39023, aveva tracciato un netto limite all'applicazione, *sic et simpliciter*, dell'aggravante della minorata difesa, in ordine all'esclusivo riferimento all'età.

L'età avanzata, quindi, solo unita ad altre circostanze di fatto, poteva integrare la fattispecie: se, a contrario, era dimostrabile la non incidenza dell'età, rispetto ad un conservato *comodus discessus*, non si verteva nell'alveo di applicazione dell'aggravante in esame.

A seguito dell'intervento del Legislatore, in materia di minorata difesa, la Suprema Corte ha ritenuto di non poter non allinearsi alla maggiore rilevanza assegnata all'età della persona offesa.

Con una recentissima pronuncia, la Seduta Comune ha stabilito, infatti, che ai fini dell'apprezzamento dell'aggravante della *minorata difesa* bisogna prendere in considerazione l'età della vittima (Cass. Pen., sent. 35997 del 7-10-2010).

Ed invero, valuta la Corte che proprio alla luce dell'intervento normativo in materia, la particolare vulnerabilità della quale, coscientemente, il soggetto agente approfitta, deve essere valutata in maniera specifica rispetto all'età.

Tale vantaggio, tratto in considerazione di una complessiva situazione emotiva e psicologica propria dell'età senile, integra di fatto l'aggravante di cui al n. 5 dell'art. 61 c.p.

Uniformandosi alla *ratio* della novella legislativa, la Corte di Cassazione ha ritenuto, quindi, che tale apprezzamento, indubbiamente, va verificato con riguardo ad un'ipotetica percezione che, nella medesima situazione, avrebbe avuto una persona più giovane.

In sintesi, secondo tale linea interpretativa, l'accertamento deve essere condotto con prova controfattuale: bisognerà valutare se astrattamente l'ipotesi criminosa avrebbe avuto le medesime possibilità di riuscita indifferentemente rispetto all'età della persona offesa.

Chiariti gli aspetti salienti del nuovo orientamento giurisprudenziale, resta da adeguare il caso prospettato alle direttive finora analizzate.

Gli spunti offerti, portano a ritenere che indubbiamente la condotta di Caio ha sortito degli effetti che difficilmente si sarebbero verificati se rivolti ad una persona più giovane.

Ed invero, devono essere rigorosamente valutate le circostanze relative all'immediata richiesta di denaro contante da parte di uno sconosciuto e che tale richiesta sia stata effettuata in luogo pubblico e in pieno giorno.

Solo all'esito di tale vaglio critico, si potrà convenire che il comportamento di Caio sia stato agevolato dalla scarsa lucidità e dalla incapacità di Mevio di orientarsi nella realtà, secondo criteri di normalità, dovuti all'avanzata età.

In base a tali considerazioni di fatto e di diritto, chiaramente Mevio dovrà rispondere del reato di truffa, aggravato ai sensi dell'art. 61 n. 5 c.p.

Riferimenti normativi e giurisprudenziali

(V. *amplius* SIMONE, Codice Penale Commentato - C3, ed. 2011)

- art. 61 c.p.: *Il n. 5)*
- art. 640 c.p.: *Elemento oggettivo; Ingiusto profitto e danno; Elemento soggettivo; Consumazione e tentativo; Le circostanza aggravanti dell'art. 640 e le circostanze comuni*