

17 La causalità nei reati omissivi: rinvio

Del problema posto dal 2° comma dell'art. 40 e dalla causalità nel reato omissivo si dirà nella *sedes materiae*, quando sarà appunto esaminata la fattispecie del reato omissivo (120).

18 Il concorso di fattori colposi indipendenti. Differenze dalla cooperazione colposa

A) Il concorso di fattori colposi indipendenti

Secondo l'insegnamento costante della dottrina e della giurisprudenza si ha *concorso di cause colpose* (dette anche fattori colposi) *indipendenti* ogni qualvolta un determinato evento si verifica per effetto di più cause, dovute al comportamento colposo di due o più soggetti, le quali, ancorché materialmente collegate, sono tuttavia indipendenti l'una dall'altra e possiedono tutte efficienza causale rispetto all'evento (121).

Il campo in cui viene maggiormente in rilievo il concorso di fattori colposi indipendenti è quello degli *incidenti stradali*: normalmente, infatti, ogni incidente stradale è il risultato di due comportamenti colposi e, quindi, di due cause colpose indipendenti; si pensi, ad esempio, all'incidente verificatosi perché ciascuno dei conducenti dei due veicoli scontratisi teneva, per suo conto, una velocità non particolarmente adeguata alle condizioni ambientali o perché l'uno procedeva a velocità eccessiva e l'altro non rispettava l'obbligo di tenere la «destra», etc.

Anche il **concorso di fattori colposi indipendenti** trova la sua regolamentazione nell'art. 41; in particolare:

- a) ai sensi del *primo comma* di tale articolo, quando le più cause abbiano ugualmente concorso alla produzione dell'evento non è dato distinguere tra cause antecedenti, concomitanti e successive, dipendenti ed indipendenti, mediate ed immediate, per cui **ciascuno** dei *due* o più *soggetti* che hanno posto in essere le cause stesse **sarà chiamato a rispondere autonomamente del reato**;
- b) ai sensi del *secondo comma* dell'articolo stesso se una delle due o più cause si pone come *eccezionale* rispetto alle altre, si pone cioè al di fuori delle normali e prevedibili linee di sviluppo della serie eziologica attribuibile alla condotta dell'altro (o degli altri) agente, per cui, malgrado il più alto grado di prevedenza e prudenza, non è possibile predisporre alcuna misura per evitare l'evento, si ha *interruzione del rapporto di causalità*, con conseguente

(120) Si veda *infra* Cap. 17.

(121) Così, Cass. 17-2-1982, n. 1543.

responsabilità per il solo soggetto che ha posto in essere il fattore eccezionale.

Al riguardo, si è precisato in giurisprudenza che il nesso di causalità può escludersi solo se si verifichi una *causa autonoma* rispetto alla quale la precedente sia da considerare «*tamquam non esse*», e trovi nell'attività dell'imputato soltanto l'occasione per svilupparsi;

- c) ai sensi dell'*ultimo comma* dell'articolo in esame, infine, in caso di concorso di cause colpose indipendenti *non* potrà mai trovare *applicazione* il principio della cd. *compensazione* delle cause, per cui, **ai fini della punibilità** di ciascuno dei più autori del fatto, a **nulla rileverà la colpa dell'altro o degli altri soggetti**.

B) La cooperazione colposa

Il concorso di cause colpose indipendenti deve essere tenuto distinto dalla *cooperazione colposa* di cui all'art. 113 (122): mentre, infatti, nel concorso di cause colpose indipendenti più comportamenti colposi producono l'evento senza che tra gli autori di essi vi sia alcun vincolo psicologico, sicché i vari comportamenti possono ritenersi cause produttrici dell'evento in modo del tutto indipendente; nella cooperazione nel delitto colposo, invece, sussiste tra i più soggetti un vincolo psicologico riferito alla condotta di ciascuno, nel senso che ognuno contribuisce, con la propria, all'altrui azione, conferendo il proprio apporto alla condotta causativa dell'evento (senza, ovviamente, voler l'evento stesso). Infatti, ai fini dell'esatta individuazione della figura della cooperazione colposa è richiesta la volontà di concorrere alla realizzazione della condotta contraria a regole cautelari e causa dell'evento (MANTOVANI (123)).

Nella *cooperazione colposa* si ha, pertanto, *unicità di reato* con pluralità di soggetti che lo pongono in essere, mentre nel concorso di cause colpose indipendenti si ha pluralità di reati, nonostante l'unicità dell'evento (124).

Giurisprudenza

1. In tema di accertamento del nesso di causalità, le «*leggi generali di copertura*» della condotta o dell'evento accessibili al giudice sono sia quelle «*universal*», che sono in grado di affermare che la verifica di un evento è invariabilmente accompagnata dalla verifica di un altro evento, sia le leggi «*statistiche*» che si limitano, invece, ad affermare che il verificarsi di un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento in una certa percentuale di casi, con la conseguenza che queste ultime sono tanto più dotate di validità scientifica quanto più possono trovare applicazione in un numero sufficientemente alto di casi e sono suscettive di ricevere conferma mediante il ricorso a metodi di prova razionali e controllabili. Il ricorso a leggi statistiche da parte

(122) Si veda *infra*, Cap. 24, §17.

(123) Cfr. MANTOVANI: Op. cit., pag. 536.

(124) Così Cass. 3-11-1980, n. 12593.

del giudice è, dunque, più che legittimo, perché il modello della «*sussunzione sotto leggi*» utilizzabile in campo penale sottintende, il più delle volte, necessariamente, il distacco da una spiegazione causale deduttiva, che implicherebbe una impossibile conoscenza di tutti i fatti e di tutte le leggi pertinenti. Poiché il giudice non può conoscere tutte le fasi intermedie attraverso le quali la causa produce il suo effetto, né procedere, quindi, ad una spiegazione fondata su una serie continua di eventi, nella spiegazione causale si dovrà ricorrere ad una serie di assunzioni nomologiche tacite e dare per presenti condizioni iniziali non conosciute o soltanto azzardate, per cui, il nesso di condizionamento tra azione ed evento potrà essere riconosciuto soltanto con una quantità di precisazioni e purché sia ragionevolmente, non certamente, da escludere l'intervento di un diverso processo causale. Il giudice, avvalendosi del modello di sussunzione sotto leggi statistiche, ove non disponga di leggi universali, dirà che «*è probabile*» che la condotta dell'agente costituisca, *coeteris paribus*, una condizione necessaria dell'evento; probabilità che altro non significa se non «*probabilità logica o credibilità razionale*», la quale deve essere di alto grado, nel senso che il giudice dovrà accertare che, senza il comportamento dell'agente, l'evento non si sarebbe verificato, appunto, con altro grado di possibilità. Un antecedente può qualificarsi «*condizione necessaria di un evento*» quando la scienza, con le sue leggi, consente di collegarlo all'evento, come condizione indispensabile, o «*sine qua non*», cosa che avviene, anzitutto, quando esiste una legge scientifica, universale o statistica, di copertura della condotta o dell'evento e, altresì, quando in tutti i processi esplicativi mediante leggi (che sono state, potevano o potrebbero enunciarsi nel loro decorso) un determinato antecedente si manifesta come condizione indispensabile o necessaria dell'evento. (Nel caso di specie la Corte ha confermato la sentenza che, con riferimento al cd. «disastro di Stava», ne ha individuato la causa penalmente rilevante nel comportamento, in forma attiva ed omissiva, di chiunque ha concorso e contribuito nel tempo alla costruzione del bacino, nelle varie fasi dell'impostazione, prosecuzione, sopraelevazione ed ampliamento) (Cass. 29-4-1991, n. 4793).

2. Ai fini del giudizio di prevedibilità dell'evento deve aversi riguardo alla potenziale idoneità della condotta a dar vita ad una situazione di danno e non anche alla specifica rappresentazione *ex ante* dell'evento dannoso, quale si è concretamente verificato in tutta la sua gravità ed estensione (Cass. 19-5-1992, n. 5919).
3. Quando una condotta colposa si inserisce in una situazione pericolosa determinata da altri, anche questi è colpevole dell'evento che ne deriva in quanto, ai sensi del primo ed ultimo comma dell'art. 41 del codice penale, chi pone in essere una situazione di pericolo risponde delle conseguenze provocate dalla condotta colposa di terzi (Cass. 28-12-1994, n. 12783).
4. Il conducente di un'autovettura che, per sottrarsi al controllo di polizia, si dia alla fuga anche a costo di investire uno degli agenti operanti, risponde di omicidio colposo per la morte di uno dei suoi trasportati che venga colpito dai colpi di arma da fuoco sparati dagli agenti per arrestare la fuga: l'uso a tal fine delle armi da parte della polizia, infatti, costituisce reazione normale e prevedibile della condotta di fuga, come tale idonea a rompere il rapporto di causalità tra tale condotta e la morte del trasportato ed idonea, invece, a fondare la responsabilità per colpa del conducente in relazione all'evento stesso (Cass. 9-2-1990, n. 1788).
5. In tema di responsabilità per colpa professionale del medico, nella ricerca del nesso di causalità tra la condotta dell'imputato e l'evento, trova applicazione non il criterio della certezza ma quello della *probabilità* degli effetti della condotta (Cass. 22-2-1993, n. 1594).
6. Un comportamento anomalo del lavoratore per acquisire, nel caso in cui vi sia anche una violazione del datore di lavoro, il valore di causa sopravvenuta da sola sufficiente a cagionare l'evento, deve essere imprevedibile perché assolutamente estraneo al pro-

cesso produzione o alle mansioni attribuite al lavoratore, estraneità che fa sì, appunto, che, possa dirsi che l'evento è riconducibile al solo suddetto lavoratore, pur constatando che qualcosa può rimproverarsi anche al datore di lavoro. (Affermando siffatto principio la Cassazione ha ritenuto che correttamente i giudici di merito avessero riconosciuto la sussistenza del reato di lesioni colpose a carico del datore di lavoro che aveva ommesso di eliminare una fessura attraverso la quale il lavoratore, eseguendo operazioni di pulizia di una macchina era finito con la mano destra negli ingranaggi; in particolare è stato rilevato che l'operazione di pulizia faceva parte delle attribuzioni dei lavoratori e che la stessa, pur eseguita incautamente a motore acceso, avrebbe potuto e dovuto essere prevista dal datore di lavoro: le norme infortunistiche invero sono dettate anche per impedire le conseguenze di inadempienze e negligenze dei lavoratori) (Cass. 24-9-1996, n. 8676).

7. Eventi straordinari ed imprevedibili tali da esonerare da colpa per mancata osservanza della distanza di sicurezza non possono individuarsi nell'arresto del veicolo che precede. Peraltro, all'obbligo di osservare la distanza di sicurezza non può corrispondere alcun specifico dovere di comportamento a carico di chi precede, il cui improvviso arresto, persino se effettuato senza preoccuparsi di chi segue, non può essere causa di responsabilità, sia pure a titolo di concorso di colpa, ove sia determinato da necessità della circolazione e, comunque, da cause non volute dal conducente (Cass. 12-2-1997, n. 1260).
8. In materia di omicidio colposo, l'automobilista il quale per colpa, consistita in violazione di regole di prudenza e delle norme sulla circolazione, sbandi ripetutamente e si arresti, alla fine, ponendosi di traverso sulla carreggiata di una strada (tanto più se a rapido scorrimento) pone in essere, con la sua condotta, una condizione necessaria dell'arresto del traffico e delle successive eventuali collisioni quando non sia ravvisabile l'intervento di fattori anomali, eccezionali ed atipici che interrompano il legame di imputazione del fatto alla sua condotta colposa sì da relegarlo a mera occasione. Il primo conducente pone in essere, invero, un fattore causale originario di rischio (ostruzione della carreggiata) dei successivi eventi collisivi, e l'eventuale condotta colposa (eccessiva velocità o mancato rispetto della distanza di sicurezza) dei guidatori di veicoli sopraggiunti, seppure sinergica, non può ritenersi da sola sufficiente a determinare l'evento non essendo qualificabile come atipica ed eccezionale ma potendo, bensì, collocarsi nell'ambito della prevedibilità. In tema di concorso di cause la causa sopravvenuta sufficiente da sola alla produzione dell'evento e, quindi, avente efficacia interruttiva del nesso di causalità, è quella del tutto indipendente dal fatto posto in essere dall'agente, avulsa totalmente dalla sua condotta ed operante in assoluta autonomia, in modo da sfuggire al controllo ed alla prevedibilità dell'agente medesimo. Tale non può considerarsi la causa sopravvenuta legata a quella preesistente da un nesso di interdipendenza ed, in tal caso le cause concorrenti — che non siano da sole sufficienti a determinare l'evento per il necessario porsi della prima come condizione necessaria antecedente — sono tutte e ciascuna causa dell'evento in base al principio della causalità materiale fondato sull'equivalenza delle condizioni (Cass. 28-1-1997, n. 578).
9. Nel caso di lesioni personali seguite da decesso della vittima dell'azione delittuosa, l'eventuale negligenza o imperizia dei medici non elide il nesso di causalità tra la condotta lesiva dell'agente e l'evento morte. La colpa dei medici, infatti, anche se grave, non può ritenersi causa autonoma ed indipendente rispetto al comportamento dell'agente che, provocando il fatto lesivo, ha reso necessario l'intervento dei sanitari. (Ha precisato la Corte che la negligenza od imperizia dei sanitari non costituisce di per sé un fatto imprevedibile ed atipico rispetto alla serie causale precedente di cui costituisce uno sviluppo evolutivo, anche se non immancabile. Tale conclusione non può mai essere messa in discussione allorquando, l'eventuale colpa medica sarebbe di tipo omissivo. Infatti, mentre è possibile escludere il nesso di causalità in ipotesi di colpa commissiva, in quanto il comportamento del medico può assumere i caratteri della

atipicità, la catena causale resta invece integra allorché, vi siano state delle omissioni nelle terapie che dovevano essere praticate per prevenire complicanze, anche soltanto probabili, delle lesioni a seguito delle quali era sorta la necessità di cure mediche. L'errore per omissione non può mai prescindere dall'evento che ha fatto sorgere l'obbligo delle prestazioni sanitarie. L'omissione, da sola, non può mai essere sufficiente a determinare l'evento proprio perché presuppone una situazione di necessità terapeutica che dura finché durano gli effetti dannosi dell'evento che ha dato origine alla catena causale) (Cass. 16-12-1997, n. 11779).

10. In tema di rapporto di causalità, la causa sopravvenuta sufficiente da sola alla produzione dell'evento e, quindi, avente efficacia interruttiva del nesso di causalità, è quella del tutto indipendente dal fatto posto in essere dall'agente, avulsa totalmente dalla sua condotta ed operante in assoluta autonomia, in modo da sfuggire al controllo ed alla prevedibilità dell'agente medesimo. Tale non può considerarsi la causa sopravvenuta legata a quella preesistente da un nesso di interdipendenza: in tal caso, le cause concorrenti — che non siano da sole sufficienti a determinare l'evento per il necessario porsi della prima come condizione necessaria antecedente — sono tutte e ciascuna causa dell'evento, in base al principio (accolto dal nostro legislatore) della causalità materiale fondato sull'equivalenza delle condizioni (Cass. 12-11-1997, n. 11124).
11. In tema di causalità, laddove si verifichi una successione temporale di medici nella struttura ospedaliera, il principio dell'affidamento di un medico nell'operato del predecessore ha efficacia scriminante nel perdurare delle stesse condizioni e non nel mutare di esse a causa dell'insorgenza di nuovi elementi sintomatici, non esistenti in precedenza — e perciò, naturalmente, non rilevati dai colleghi precedentemente intervenuti — ma insorti successivamente nell'arco di tempo garantito con la propria assistenza. (Fattispecie in cui, secondo l'accertamento di merito, i sintomi di una macrosomia fetale si erano manifestati successivamente all'operato dei precedenti medici di turno) (Cass. 2-3-1999, n. 2774).
12. Ai sensi dell'art. 40, comma 1, c.p., un antecedente può essere considerato condizione necessaria dell'evento quando rientri nel novero di quegli antecedenti che, sulla base di una successione necessaria, porti ad eventi del genere di quello in esame, indipendentemente dal concorrere di altre condizioni, salvo quelle sopravvenute da sole sufficienti a determinare l'evento. Deve pertanto affermarsi che in tema di circolazione stradale, perché una data condotta, tenuta da un utente della strada in violazione di norme specifiche o solo di prudenza, sia causa efficiente e condizionante del verificarsi di un sinistro è sufficiente che crei una situazione di pericolo o di ragionevole allarme tale da spingere l'utente in potenziale conflitto a porre in essere una manovra che, altrimenti, non avrebbe compiuto, dall'esecuzione della quale derivi poi il verificarsi di un evento di danno. (Fattispecie in cui l'irregolare manovra dell'imputato che, in autostrada, insinuandosi in un tratto di interruzione della barriera di separazione delle due carreggiate, si immetteva parzialmente nella corsia di sorpasso della opposta carreggiata è stata ritenuta un fattore determinante dell'improvvisa manovra di sterzata a destra da parte di una autovettura che sorraggiungeva a forte velocità e concausa della morte del conducente, uscito fuori strada) (Cass. 7-6-1999, n. 7156).
13. Sono cause sopravvenute o preesistenti, da sole sufficienti a determinare l'evento, quelle del tutto indipendenti dalla condotta dell'imputato. Ne consegue che non possono essere considerate tali quelle che abbiano causato l'evento in sinergia con la condotta dell'imputato, atteso che, venendo a mancare una delle due, l'evento non si sarebbe verificato. (Fattispecie relativa ad omicidio preterintenzionale, nel quale la morte era sopraggiunta in conseguenza di percosse inferte a soggetto anziano ed in non buone condizioni di salute) (Cass. 6-4-2002, n. 13114).
14. Qualora più autovetture diano luogo, lungo una pubblica via, ad una gara di velocità, il fatto che una delle stesse, dopo aver effettuato l'ultimo sorpasso, venga tamponata da

- un'altra e il conducente del primo mezzo perda perciò il controllo del veicolo, non esclude la sua concorrente responsabilità in ordine ai fatti lesivi o mortali da ciò derivati, ove non risulti che con la suddetta manovra di sorpasso la gara di velocità fosse effettivamente cessata. (Nella specie, in applicazione di tale principio la Corte ha annullato con rinvio la decisione di merito che aveva assolto il conducente del veicolo tamponato senza spiegare come l'eccessiva velocità da lui mantenuta dopo aver effettuato il sorpasso potesse conciliarsi con la ritenuta cessazione della gara) (Cass. 17-6-2003, n. 25923).
15. In materia di infortuni sul lavoro, la condotta colposa del lavoratore infortunato non assurge a causa sopravvenuta da sola sufficiente a produrre l'evento quando sia comunque riconducibile all'area di rischio propria della lavorazione svolta: in tal senso il datore di lavoro è esonerato da responsabilità solo quando il comportamento del lavoratore, e le sue conseguenze, presentino i caratteri dell'eccezionalità, dell'abnormità, dell'esorbitanza rispetto al procedimento lavorativo e alle direttive di organizzazione ricevute. (Nella fattispecie, pur affermando il principio, la Corte ha tuttavia annullato la sentenza di merito per la necessità di un più approfondito accertamento circa la dinamica del fatto dal quale emergeva la concorrente mancanza di cautela, nella produzione dell'evento, sia del lavoratore infortunato che di un altro lavoratore) (Cass. 1-6-2007, n. 21587).
16. Le cause sopravvenute idonee ad escludere il rapporto di causalità non sono solo quelle che innescano un percorso causale completamente autonomo da quello determinato dall'agente, bensì anche quei fatti sopravvenuti che realizzano una linea di sviluppo del tutto anomala e imprevedibile della condotta antecedente (Cass. 26-10-2007, n. 39617).
17. Le cause sopravvenute idonee ad escludere il rapporto di causalità non sono solo quelle che innescano un percorso causale completamente autonomo rispetto a quello determinato dall'agente, bensì anche quelle che, pur inserite in un percorso causale ricollegato alla condotta (attiva od omissiva) dell'agente, presentino caratteri di assoluta anomalia, eccezionalità ed imprevedibilità. (In applicazione del principio, la S.C., in fattispecie di omicidio colposo configurato a carico di una madre, per avere consentito che il proprio figlio dell'età di tre anni si accompagnasse, senza essere specificamente affidato ad alcuno, ad un gruppo di persone che frequentavano la piscina di uno stabilimento balneare nella quale il piccolo era poi annegato, ha ritenuto che non potesse essere qualificata come inopinata od assolutamente imprevedibile per la madre l'assenza di un bagnino addetto alla tutela dei bagnanti che utilizzavano la piscina, od una sua incuria o disattenzione) (Cass. 3-4-2008, n. 13939).
18. La «elevata probabilità logica», in presenza della quale può essere affermata la sussistenza del nesso causale tra condotta ed evento, esprime la forte corroborazione dell'ipotesi accusatoria sulla base delle concrete acquisizioni probatorie disponibili, che il giudice dovrà valutare alla stregua delle regole dettate dagli artt. 192, commi primo e secondo, cod. proc. pen. (quanto al ragionamento sull'evidenza probatoria) e 546, comma primo, lett. e), cod. proc. pen. (quanto alla doverosa ponderazione del grado di resistenza dell'ipotesi di accusa rispetto alle ipotesi antagoniste od alternative, in termini conclusivi di «certezza processuale» o di «alta probabilità logica» della decisione) (Cass. 11-4-2008, n. 15282).
19. In tema di causalità, le cause sopravvenute da sole sufficienti alla produzione dell'evento sono soltanto quelle del tutto autonome, indipendenti ed estranee alla condotta, tali da sfuggire al controllo ed alla prevedibilità dell'agente. (Nella specie, la Corte ha escluso che costituisca causa sopravvenuta da sola sufficiente alla produzione delle lesioni cagionate ad alcuni clienti di un bar, la condotta della commessa che abbia servito loro del detersivo inodore ed incolore imprudentemente contenuto in una bottiglia di acqua minerale, senza avvedersene, trattandosi di fatto non del tutto anomalo

ed imprevedibile rispetto alla condotta imprudente e superficiale dell'agente, che aveva introdotto all'interno del bar di cui era titolare, la bottiglia contenente il detersivo) (Cass. 22-5-2009, n. 21513).

20. In tema di reati colposi, quando l'agente non viola un comando, omettendo cioè di attivarsi quando il suo intervento era necessario, bensì trasgredisce ad un divieto, agendo quindi in maniera difforme dal comportamento impostogli dalla regola cautelare, la condotta assume natura commissiva e non omissiva e pertanto, ai fini dell'accertamento della sussistenza del rapporto di causalità tra la stessa e l'evento realizzatosi, il giudizio controfattuale non va compiuto dando per avvenuta la condotta impeditiva e chiedendosi se, posta in essere la stessa, l'evento si sarebbe ugualmente realizzato in termini di elevata credibilità razionale, bensì valutando se l'evento si sarebbe ugualmente verificato anche in assenza della condotta commissiva. (Fattispecie in cui è stata riconosciuta la responsabilità per omicidio colposo dei tecnici di una società elettrica che avevano realizzato un collegamento mancante di adeguate protezioni, cui altri avevano provveduto ad allacciare un cavo in maniera scorretta determinando una dispersione di elettricità che cagionava la folgorazione della vittima del reato) (Cass. 22-6-2009, n. 26020).
21. In tema di causalità, la condotta negligente od imprudente originata dall'altrui condotta colposa non costituisce causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento, non risultando abnorme nè del tutto imprevedibile. (Fattispecie nella quale l'imputato — conducente di un mezzo pesante utilizzato per la raccolta, la compattazione ed il trasporto di rifiuti solidi urbani —, nell'uscire dal deposito dell'azienda, aveva posizionato il proprio mezzo sulla sede stradale senza lasciare uno spazio adeguato per il passaggio dei veicoli in transito, ed aveva rimesso in movimento il veicolo mentre sopraggiungeva un ciclomotore: la Corte ha ritenuto che la condotta della conducente del ciclomotore, pur se a sua volta imprudente, non costituiva fattore sopravvenuto assolutamente imprevedibile, idoneo ad interrompere il rapporto di causalità tra la condotta colposa dell'imputato e l'evento-morte dalla stessa conducente del ciclomotore) (Cass. 6-8-2009, n. 32303).

costui, causa della reazione offensiva, si sia posto completamente al di fuori della sua funzionale attività ed abbia manifestato, nel contempo, una pervicace intenzione di eccedere dalle proprie attribuzioni per perseguire mere finalità vessatorie; ne consegue, pertanto, che non sussiste contraddizione tra la concessione dell'attenuante della provocazione e l'esclusione dell'esimente speciale *de qua* (306). Non può negarsi, tuttavia, come si è già fatto notare, la matrice comune delle due figure.

10 Cause di giustificazione non codificate

Il ricorso al procedimento analogico per legittimare le cause di giustificazione non contemplate in modo espresso dalla legge è *negato* da NUVOLONE (307), per il quale il sistema penale comporta una indefettibile esigenza di tipicità ed è *sostenuto* invece da ANTOLISEI (308) trattandosi di interpretazione analogica «*in bonam partem*» che riguarda disposizioni non eccezionali.

Secondo MANTOVANI (309) e la giurisprudenza le cd. ipotesi di scriminanti tacite sono riconducibili alle scriminanti codificate.

Le più importanti cause di giustificazione non codificate individuate dalla dottrina sono:

A) Informazioni commerciali

Allorché informazioni commerciali vengano fornite dietro richiesta a più persone, e per il contenuto siano offensive per l'altrui reputazione (ad esempio: il signor X suole non far fronte ai suoi impegni), formalmente ricorrerebbero gli estremi del reato di diffamazione (art. 595): il fatto, tuttavia, non è punibile.

Per MASSARI (310), NUVOLONE (311), MANTOVANI (312), VASSALLI (313) e GAROFOLI (314) ricorrerebbe, in tal caso, la scriminante dell'esercizio del diritto, la cui fonte sarebbe da rinvenire o negli *usi sociali* o nello stesso riconoscimento dell'attività commerciale (art. 41 Cost.), poiché senza tali informazioni si sottoporrebbe il commercio a gravi rischi.

Per ANTOLISEI (315), invece, la figura sarebbe da considerare una causa di giustificazione non codificata, in quanto l'esistenza di un diritto di fornire informazioni commerciali non si desume da nessuna disposizione di legge.

(306) Così Cass. 18-9-1997, n. 8453.

(307) Cfr. NUVOLONE: *Il sistema del diritto penale*, Padova 1975, pag. 209.

(308) Cfr. ANTOLISEI: Op. cit., pag. 314 e segg.

(309) Cfr. MANTOVANI: Op. cit. pag. 283 e segg.

(310) Cfr. MASSARI: *Le agenzie di informazione e il delitto di diffamazione*, in *Studi Fadda*, Vol. III, pag. 232 e segg.

(311) Cfr. NUVOLONE. *I limiti taciti della norma penale*, Padova 1972, pag. 138.

(312) Cfr. MANTOVANI: Op. cit., pag. 287.

(313) Cfr. VASSALLI: *Limiti del divieto di analogia in materia penale*, Milano 1942, pag. 111.

(314) Cfr. GAROFOLI: Op. cit., pag. 450 e segg.

(315) Cfr. ANTOLISEI: Op. cit., pag. 315 e segg.

B) Trattamento medico-chirurgico dopo la sentenza 21 gennaio 2009 n. 2437 delle SS. UU. della Cassazione

Discussa è la collocazione sistematica tra le cause di giustificazione del *trattamento medico-chirurgico*; vi è, anzi, chi, come l'AVECONE (316), lo esclude dal novero delle scriminanti, ritenendo che esso faccia venir meno non l'antigiuridicità ma addirittura la tipicità del fatto.

Pur nel limitato spazio consentito dalle esigenze manualistiche, cerchiamo di dare un cenno alle tesi principali che si diletano oggi al riguardo.

1) *Teoria del fatto penalmente irrilevante* (AVECONE)

AVECONE (317), partendo dal rilievo che il codice, mentre prevede l'omicidio del consenziente, non prevede la lesione del consenziente, arriva alla conclusione che tale lesione, cui è riconducibile appunto l'attività medico-chirurgica, costituisce *attività penalmente irrilevante* e, quindi, consentita: laddove, infatti, la si considerasse reato, si arriverebbe alla conclusione, assurda e comunque incostituzionale, di punire più lievemente l'omicidio del consenziente rispetto all'omicidio del non consenziente e di punire, invece, con la stessa norma penale la lesione del consenziente e quella del non consenziente, mancando appunto una norma che gradua le due ipotesi.

2) *Teoria del consenso* (RIZ e la giurisprudenza)

La teoria che oggi trova maggior seguito è quella che riporta l'attività medico-chirurgica al *consenso dell'avente diritto* e, quindi, ritiene che la stessa andrebbe disciplinata dall'art. 50, con i limiti previsti dall'art. 5 cod. civ. (così RIZ (318)).

Tale tesi è oggi seguita quasi all'unanimità dalla giurisprudenza (319).

3) *Teoria dell'esercizio del diritto* (MANTOVANI, PADOVANI)

Per MANTOVANI (320), il fondamento dell'attività medico-chirurgica non si trova nell'art. 50 bensì nell'articolo 51 (esercizio del diritto) in quanto essa, rispondendo ad un alto interesse sociale, è giuridicamente autorizzata, come si desume dallo stesso art. 32 della Costituzione, e da tutta la legislazione che riconosce, disciplina, favorisce e finanzia tali attività.

Partendo dalle considerazioni del Mantovani, PADOVANI (321), a sua volta, distingue tra:

- a) *attività terapeutica*;
- b) *attività terapeutico-sperimentale*;

(316) Cfr. AVECONE: Op. e loc. ult. cit.

(317) Cfr. AVECONE: Op. e loc. ult. cit.

(318) Cfr. RIZ: *Il consenso dell'avente diritto* cit. nonché RIZ: *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, Padova 1975.

(319) Così, *ex plurimis*, Cass. 13-5-1992, n. 5639, in cui si esclude, appunto rifacendosi all'art. 50, che il chirurgo, in assenza di necessità ed urgenza terapeutica, possa sottoporre il paziente ad un intervento di più grave entità rispetto a quello che il paziente stesso abbia consentito.

(320) Cfr. MANTOVANI: Op. cit., pag. 284 e segg.

(321) Cfr. PADOVANI: *Diritto penale* cit., pag. 191 e segg.

- c) *attività sperimentale pura*;
- d) *attività estetica pura*.

Mentre le ultime due ipotesi andrebbero riportate al consenso dell'avente diritto, con i limiti di cui all'art. 5 cod. civ., le prime due costituirebbero, invece, figure di *esercizio del diritto*, rappresentando l'attività medico-chirurgica un'attività giuridicamente autorizzata come risulta dall'art. 32 della Costituzione, dall'imponente apparato pubblico finalizzato alla prevenzione e alla cura delle malattie e dalla specifica disciplina normativa dettata per assicurare l'idoneità tecnico-professionale del personale sanitario.

Quanto ai requisiti di liceità, l'intervento terapeutico (e terapeutico-sperimentale) è lecito allorché:

- a) sia effettuato da *persona abilitata* all'esercizio dell'attività professionale;
- b) vi sia il *consenso pieno, reale ed informato* del paziente (salvo i casi in cui, per incapacità, sia legittimato il rappresentante legale; solo in caso di assoluta urgenza ed assoluta impossibilità di ottenere il consenso del paziente o del suo rappresentante legale l'intervento può essere effettuato senza consenso);
- c) vi sia una *necessità terapeutica*, in base alla quale il rischio del mancato intervento non sia inferiore a quello dell'intervento ed i suoi vantaggi siano invece superiori;
- d) avvenga nel *pieno rispetto delle regole dell'arte medica*.

Prima della pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione di cui subito diremo, aderivamo senz'altro a tale ultima teoria, osservando, in particolare, che essa trovava pieno fondamento nell'art. 32 della Costituzione che, sancendo che «*la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività*» riconosce necessariamente valore sociale all'esercizio dell'attività medico-chirurgica.

Essa, inoltre, risultava confermata:

- A) nella legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale (L. 23-12-1978, n. 833) che, col sancire:
 - al secondo comma dell'art. 1 il principio del *rispetto della dignità e della libertà della persona umana* nell'esercizio dell'attività rivolta alla tutela della salute fisica e psichica;
 - al secondo comma dell'art. 19 il principio della *libera scelta del medico e del luogo di cura*;
 - al quarto ed al quinto comma dell'art. 25 il principio per cui il rapporto paziente-medico deve basarsi sulla *fiducia* del primo nel secondo;
 - al primo comma dell'art. 33 il principio per cui gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari e, quindi, basati sul *consenso pieno ed informato del paziente*, fissa quelli che sono i *limiti intrinseci* che incontra l'esercizio di tale attività, come l'esercizio di qualsiasi altro diritto (vedi. *supra*, §3, lett. E).

B) nella Convenzione di Oviedo, (forse (322)) ratificata e resa esecutiva in Italia con la L. 28 marzo 2001, n. 145, la quale:

- al Capitolo II (artt. 5-9) sancisce la necessità del consenso libero ed informato del paziente per l'effettuazione di qualsiasi intervento nel campo della salute, prevedendo regole e procedure particolari per le persone che non hanno la capacità di dare il consenso o soffrono di un disturbo mentale (323) e deroghe in caso di situazioni di urgenza (324);
- al Capitolo III (art. 10) pone il principio della tutela del diritto alla riservatezza con riferimento alle informazioni relative alla propria salute;
- al Capitolo IV (artt. 11-14), dopo aver fissato il principio generale per cui «*Ogni forma di discriminazione nei confronti di una persona in*

(322) Non appare superfluo ricordare al riguardo che vi è, in dottrina ed in giurisprudenza, una notevole incertezza in merito all'avvenuta effettiva ratifica della Convenzione di Oviedo da parte del nostro Stato. Nonostante, infatti, l'art. 1 della citata L. 28 marzo 201, n. 145 reciti espressamente «*Il Presidente della Repubblica è autorizzato a ratificare la Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina. Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, fatta a Oviedo il 4 aprile 1997, nonché il Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani*» e l'art. 2 aggiunga «*Piena e intera esecuzione è data alla Convenzione e al Protocollo di cui all'articolo 1, a decorrere dalla data della loro entrata in vigore, in conformità a quanto disposto, rispettivamente, dall'articolo 33 della Convenzione e dall'articolo 5 del Protocollo*», in realtà non solo il Governo non ha dato attuazione alla delega contenuta nell'art. 3 della legge, ai sensi del cui primo comma «*Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti ulteriori disposizioni occorrenti per l'adattamento dell'ordinamento giuridico italiano ai principi e alle norme della Convenzione e del Protocollo di cui all'articolo 1*», ma, soprattutto, non è stata mai depositata presso il Consiglio d'Europa tale legge di ratifica, adempimento, questo, che è richiesto ai fini dell'effettivo e definitivo completamento del procedimento di ratifica, tanto vero che dal sito ufficiale del Consiglio d'Europa l'Italia, pur risultando tra i primi firmatari della Convenzione, risulta, però, non averla ancora ratificata.

(323) Importante, con riferimento a tali situazioni, è quanto detta l'art. 9 della Convenzione, ai sensi del quale «*I desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione*».

(324) Detta, in particolare, al riguardo l'art. 8 della Convenzione: «*Allorquando in ragione di una situazione d'urgenza, il consenso appropriato non può essere ottenuto, si potrà procedere immediatamente a qualsiasi intervento medico indispensabile per il beneficio della salute della persona interessata*». Va ricordata, con riferimento a tale situazione particolare, anche la sentenza 11-7-2002, n. 26446 della Cassazione, che ha affermato: «*In tema di attività medico-chirurgica (in mancanza di attuazione della delega di cui all'art. 3 della legge 28 marzo 2001 n. 145, con la quale è stata ratificata la Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina), deve ritenersi che il medico sia sempre legittimato ad effettuare il trattamento terapeutico giudicato necessario per la salvaguardia della salute del paziente affidato alle sue cure, anche in mancanza di esplicito consenso, dovendosi invece ritenere insuperabile l'espresso, libero e consapevole rifiuto eventualmente manifestato dal medesimo paziente, ancorché l'omissione dell'intervento possa cagionare il pericolo di un aggravamento dello stato di salute dell'infermo e, persino, la sua morte. In tale ultima ipotesi, qualora il medico effettui ugualmente il trattamento rifiutato, potrà profilarsi a suo carico il reato di violenza privata ma — non — nel caso in cui il trattamento comporti lesioni chirurgiche ed il paziente muoia — il diverso e più grave reato di omicidio preterintenzionale, non potendosi ritenere che le lesioni chirurgiche, strumentali all'intervento terapeutico, possano rientrare nella previsione di cui all'art. 582 cod. pen.*».

ragione del suo patrimonio genetico è vietata, fissa regole precise in materia di interventi sul Genoma Umano;

- al Capitolo V (artt. 15-18) regola la ricerca scientifica, tutelando le persone che vi si prestino;
- al Capitolo VI (artt. 19 e 20) disciplina il prelievo di organi e di tessuti da donatore vivente a fini di trapianto;
- al Capitolo VII (artt. 21 e 22), dopo aver sancito il principio per cui «*Il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto*» (art. 21), vieta il successivo utilizzo delle parti del corpo umano precedentemente prelevate per uno scopo diverso da quello per cui erano state prelevate in conformità alle procedure di informazione e di consenso appropriate.

Limiti intrinseci, aggiungevamo, sono altresì ravvisabili anche nelle norme, di diritto pubblico, sull'esercizio dell'attività medica, che impongono l'*abilitazione* ed il *rispetto delle regole dell'arte medica* per chi la esercita, nonché nelle norme di deontologia professionale ed, in particolare, nell'art. 4 del Codice di Deontologia Medica, che nel primo inciso sancisce che il medico, nell'esercizio della professione, deve attenersi alle conoscenze scientifiche; nel successivo art. 21, che prescrive che il medico deve garantire impegno e competenza professionale, non assumendo obblighi che non sia in condizione di soddisfare e nell'art. 35 dello stesso Codice deontologico, che prevede l'acquisizione del consenso informato del paziente per eseguire qualsiasi attività diagnostica e/o terapeutica.

Anche la Cassazione, nella sua più recente giurisprudenza, era sembrata avvicinarsi a tale tesi; si legge, infatti, nella sentenza 4 aprile 2006 n. 11640 della Sesta Sezione Penale della Suprema Corte: «*L'attività medica richiede per la sua validità e concreta liceità la manifestazione del consenso del paziente, che non si identifica con quello di cui all'art. 50 c.p., ma costituisce un presupposto di liceità del trattamento. Il consenso afferisce alla libertà morale del soggetto e alla sua autodeterminazione, oltre che alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporale. Si tratta di profili tutti attinenti alla libertà personale, proclamata inviolabile dall'art. 13 Cost. La mancanza del consenso del paziente o l'invalidità del consenso determinano l'arbitrarietà del trattamento medico chirurgico e, quindi, la sua rilevanza penale, in quanto compiuto in violazione della sfera personale del soggetto e del suo diritto di decidere se permettere interventi estranei sul proprio corpo. Da questo angolo visuale, il consenso dell'avente diritto, ancorché consapevolmente prestato, perde efficacia se si risolve in una menomazione permanente, la quale incide negativamente sul valore sociale della persona umana*».

Si legge, altresì, nella sentenza 14 marzo 2008, n. 11335 della Quarta Sezione Penale della Cassazione: «*Il consenso espresso da parte del paziente a seguito di una informazione completa sugli effetti e le possibili controindicazioni di un intervento chirurgico, non si identifica con quello di cui all'art. 50 c.p.*

ma è vero e proprio presupposto di liceità dell'attività del medico che somministra il trattamento, al quale non è attribuibile un generale diritto di curare a prescindere dalla volontà dell'ammalato».

- 4) *La sentenza 21 gennaio 2009, n. 2437 delle Sezioni Unite della Cassazione*
 La questione sulla natura della scriminante in esame deve ritenersi definitivamente risolta dopo l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione che, con la sentenza 21 gennaio 2009, n. 2437, dopo avere evidenziato che a seguito degli vari interventi della Corte Costituzionale sul contenuto e la portata dell'art. 32 della Costituzione che tutela il bene della salute non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo, diritto primario e assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati «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 anti-giuridicità» 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», hanno affermato che «L'attività sanitaria, 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 sé, «di pubblica necessità», abbisogni, per legittimarsi, di una scriminante tipizzata, che escluda l'anti-giuridicità 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».

Le Sezioni Unite della Suprema Corte valorizzano, per giungere alla conclusione suddetta, proprio quegli elementi cui facevamo riferimento per aderire alla tesi

che riportava l'attività medico-chirurgica all'art. 51 c.p., ed, alla luce della giurisprudenza della Consulta, evidenziano che:

- 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;
- l'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con L. 28 marzo 2001, n. 145 (seppure ancora non risulta depositato lo strumento di ratifica), prevede che «*un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato*»;
- l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, sancisce, poi, che «*ogni individuo ha il diritto alla propria integrità fisica e psichica*» e che nell'ambito della medicina e della biologia deve essere in particolare rispettato, tra gli altri, «*il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge*»;
- a seguito della Convenzione di Oviedo anche il codice deontologico, approvato dal Consiglio Nazionale della Federazione Italiana degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri il 3 ottobre 1998, ha proceduto ad una revisione del concetto di consenso informato, elaborando una definizione dello stesso più in linea con i parametri interpretativi suggeriti dalla stessa Convenzione;
- simili risultati sono stati poi ribaditi anche nel successivo codice deontologico, approvato dalla medesima Federazione il 16 dicembre 2006, ed il cui art. 35 conferma, appunto, che il «*medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente*», aggiungendo — quale ulteriore conferma del principio della rilevanza della volontà del paziente come limite ultimo dell'esercizio della attività medica — che «*in presenza di un documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona*».

C) Attività sportiva

Anche sul fondamento e sulla natura dell'attività sportiva si discute.

a) Teoria dell'attività lecita (BETTIOLO)

Per il BETTIOLO (325) l'attività sportiva costituirebbe una *figura autonoma di scriminante*, fondata sul fatto che essa persegue un fine di interesse generale, il potenziamento fisico attraverso la pratica di discipline salutari e lecite: si tratta, pertanto, di attività in cui è «*la legge stessa ad assumere il rischio della verifica di un evento lesivo ed a giustificarlo in quanto lesione eccezionale di un*

(325) Cfr. BETTIOLO: Op. cit., pag. 309 e segg.

dato interesse, di fronte ad uno che si considera prevalente, come è quello relativo alla educazione sportiva della gioventù» (326).

Se, dunque, nel corso dell'attività sportiva, ed ovviamente nel rispetto delle sue regole, si reca danno ad altri, non si risponde penalmente, trattandosi di attività giuridicamente lecita.

b) Teoria del consenso (RIZ e la giurisprudenza)

Anche l'attività sportiva, per RIZ (327), rientra nella figura del consenso dell'avente diritto.

In particolare, l'Autore distingue varie ipotesi al riguardo:

1. nel caso di *competizioni sportive a squadre*, la regola è che il consenso giustifica solo le lesioni eventualmente prodotte, rispettando però le regole del gioco; se tali regole vengono violate o se si eccede nel praticare un gioco cd. «pesante», il consenso non vale più; mai, comunque, può invocarsi il consenso per le lesioni cagionate al di fuori delle azioni e delle fasi del gioco;
2. nel caso di *sport in cui l'aggressione fisica dell'avversario è insita nella competizione* (boxe, lotta, judo, etc.), il consenso è operante solo qualora l'atto di disposizione sia rimasto nell'ambito della consuetudine sportiva: quindi, ad esempio, per incontri da disputarsi tra atleti ugualmente professionisti o appartenenti alla stessa categoria, ma mai tra un novizio e un professionista.; anche qui il fatto deve essere avvenuto durante l'incontro e con un'azione che rientri nel normale svolgimento dell'incontro stesso;
3. nelle *gare praticate con l'ausilio di un animale*, il consenso trova fondamento nel fatto che chi pratica tali sports giustifica con la sua cosciente partecipazione l'eventuale lesione che può cagionargli l'animale; non vale più il consenso, invece, quando la lesione (es.: caduta da cavallo) sia provocata dal comportamento doloso o colposo di un altro concorrente (es.: fantino scorretto);
4. nelle attività sportive praticate con l'ausilio di mezzi meccanici non a motore (biciclette, bob, etc.) o attrezzi (sci, pattini, etc.) il partecipante si espone volontariamente ai soli rischi derivanti *dall'esercizio della propria attività* ma non al rischio di condotte imprudenti o volutamente lesive di altri, per cui nell'ipotesi di lesioni subite nell'esercizio normale di tali discipline sportive (in particolare lo sci) si esula dall'ambito di tale causa di giustificazione;
5. nel caso, infine, *di attività sportiva svolta mediante l'uso di veicoli a motore* (corse automobilistiche, motociclistiche, etc.) il partecipante sa, indubbiamente, di esporsi ad un rischio notevole, ma si deve ritenere che il suo consenso non possa abbracciare anche quei rischi che sono al di là di una normale rappresentazione dello svolgimento della gara: restano, quindi, fuori dal consenso del partecipante i rischi derivanti dall'esistenza, ad esempio, di una macchia di olio e di acqua stagnante sulla pista, dai difetti del veicolo

(326) Così espressamente BETTOL: Op. cit., pag. 309.

(327) Cfr. RIZ: *Il consenso dell'avente diritto* cit.

dovuti a negligenza dei tecnici, dagli errori dello starter alla partenza o dei giudici di gara, dalla mancata interruzione della gara per un pericolo sopravvenuto, etc.

In conclusione, ed abbracciando tutte le attività sportive fin qui esaminate, per RIZ nell'esercizio della attività sportiva il consenso del partecipante giustifica le eventuali lesioni da lui subite ad opera di un altro partecipante quando:

- il soggetto si sia *volontariamente esposto* al relativo rischio, prestando il suo consenso a fatti conformi alla consuetudine sportiva;
- il soggetto si sia nel contempo *rappresentato* il relativo rischio, se lo sia configurato cioè con riferimento a quelle condotte lesive che sono connesse con quella determinata attività sportiva e sono poste in essere nell'esercizio di essa.

Quando ricorrono entrambe tali condizioni, conclude l'Autore, *può essere superato anche il limite di disponibilità del bene della vita fissato dall'art. 5 del codice civile (atti di disposizione sul proprio corpo)*.

Anche la giurisprudenza appare orientata nello stesso senso (328).

c) Teoria dell'esercizio del diritto (MANTOVANI)

Secondo MANTOVANI (329) anche per l'attività sportiva violenta il *fondamento* della liceità si riscontra nell'art. 51, trattandosi anche qui di attività giuridicamente autorizzata, come si desume dalla legislazione che finanzia le attività sportive. La liceità degli sports violenti, secondo l'Autore, sottostà al *limite soggettivo* del consenso del soggetto (e dell'eventuale rappresentante legale), poiché lo *sport è libera partecipazione*, nonché ai *limiti oggettivi* dell'idoneità psico-fisica dei contendenti nel rispetto alle regole del gioco.

d) Posizione della giurisprudenza

La giurisprudenza prevalente segue la teoria del Bettiol e ritiene che l'esercizio di attività sportiva costituisce una causa di giustificazione, non codificata, in base alla quale per il soddisfacimento dell'interesse generale della collettività a che venga svolta attività sportiva per il potenziamento fisico della popolazione, come tale tutelato dallo Stato, è consentita l'assunzione del rischio della lesione di un interesse individuale relativo all'integrità fisica. Tale scriminante presuppone in ogni caso che non sia travalicato il dovere di lealtà sportiva nel senso che:

- devono essere rispettate le norme che disciplinano ciascuna attività, e che
- l'atleta non deve esporre l'avversario ad un rischio superiore a quello consentito in quella determinata pratica ed accettato dal partecipante medio (330).

In particolare, e con riferimento alle lesioni personali cagionate durante una competizione sportiva che implichi l'uso della forza fisica e il contrasto anche

(328) Così, *ex plurimis*, Cass. 8-10-1992, n. 9627.

(329) Cfr. MANTOVANI: Op. cit., pag. 286 e segg.

(330) Così Cass. 25-2-2000, n. 2765.

duro tra avversari, si è precisato, che l'area del rischio consentito è delimitata dal rispetto delle regole tecniche del gioco, la violazione delle quali, peraltro, va valutata in concreto, con riferimento all'elemento psicologico dell'agente il cui comportamento può essere — pur nel travalicamento di quelle regole — la colposa, involontaria evoluzione dell'azione fisica legittimamente esplicata o, al contrario, la consapevole e dolosa intenzione di ledere l'avversario approfittando della circostanza del gioco (331); ne consegue che:

- a) quando i comportamenti violenti non oltrepassano la soglia del rischio consentito nella specifica attività, essi appartengono alla categoria degli illeciti sportivi penalmente non rilevanti, poiché sprovvisti di antigiridicità per mancanza di danno sociale per cui non è punibile lo sportivo il quale, nel rispetto delle regole del gioco, o violandole entro i limiti dell'illecito sportivo, cagioni un evento lesivo all'avversario; per converso, ogni qualvolta si superano i limiti dei rischi accettati, e quindi consentiti, dai partecipanti alla competizione, la causa di giustificazione va esclusa (332);
- b) quando, invece, il fatto lesivo si verifica perché il giocatore viola volontariamente le regole del gioco — al fine, per esempio, di intimorire l'avversario o di punirlo per un suo precedente comportamento — il fatto medesimo non potrà rientrare nella causa di giustificazione ma sarà penalmente perseguibile (333); così non è scriminato, ma deve rispondere di lesioni volontarie:
 - colui che sferri all'avversario un pugno fuori dal gioco, per «punirlo» per una precedente scorrettezza (334);
 - il giocatore di pallacanestro che sferri un pugno al giocatore avversario attingendone la mandibola destra (335);
 - il giocatore di calcio che abbia superato i limiti della lealtà sportiva intervenendo contro l'avversario a gamba tesa (336).

È ovvio, infine, che nessuna giustificazione potrà mai esservi per quei comportamenti lesivi che siano posti in essere al di fuori delle fasi del gioco; si è, così, giustamente affermato che *«In tema di lesioni personali cagionate durante una competizione sportiva, non sussistono i presupposti di applicabilità della causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto con riferimento al cosiddetto rischio consentito, né ricorrono quelli di una causa di giustificazione non codificata ma immanente nell'ordinamento, in considerazione dell'interesse primario che l'ordinamento statuale riconnette alla pratica dello sport, nell'ipotesi in cui, durante una partita di calcio ma a gioco fermo, un calciatore colpisca l'avversario — che aveva realizzato una rete — con una gomitata al naso, in quanto imprescindibile presupposto della non punibilità della condotta riferibile*

(331) Così Cass. 23-5-2005, n. 19473.

(332) Si veda in tal senso, tra le più recenti, Cass. 27-11-2008, n. 44306, la cui massima è stata riportata in una precedente nota.

(333) Così Cass. 8-8-2000, n. 8910.

(334) Così Cass. 8-8-2000, n. 8910 cit.

(335) Così Cass. 21-2-2000, n. 1950.

(336) Così Cass. 7-10-2003, n. 39204.

ad attività agonistiche è che essa non travalichi il dovere di lealtà sportiva, il quale richiede il rispetto delle norme che regolamentano le singole discipline, di guisa che gli atleti non siano esposti ad un rischio superiore a quello consentito da quella determinata pratica ed accettato dal partecipante medio; ne deriva che la condotta lesiva esente da sanzione penale deve essere, anzitutto, finalisticamente inserita nel contesto dell'attività sportiva, mentre ricorre, come nella fattispecie, l'ipotesi di lesioni volontarie punibili nel caso in cui la gara sia soltanto l'occasione dell'azione violenta mirata alla persona dell'antagonista» (337).

D) Uso personale di «auto blu», di materiale di cancelleria e del telefono di servizio. Esclusione di un «consenso implicito» da parte della Pubblica Amministrazione

Trattasi di ipotesi recentemente emerse ed assurde agli onori della cronaca per la frequenza degli episodi di uso improprio di tali mezzi o materiali. Per non dare spazio ad eventuali incriminazioni per peculato o peculato d'uso (commi 1 e 2 dell'art. 314) a carico di chi si è reso protagonista di tali episodi, si è pensato di ricorrere alla figura del consenso implicito dell'avente diritto (che in questo caso è l'ente che mette a disposizione tali strumenti), in modo da scriminarli.

Tale tesi, a dir poco discutibile, ha però trovato una immediata e decisa smentita nella giurisprudenza della Suprema Corte, che non ha esitato ad affermare, e giustamente affermare che:

- a) il valore, che rende la cosa suscettiva di peculato non è solamente quello economico in sé e per sé, ma e quello costituito da ogni ragionevole utilità che la cosa possa avere in rapporto alla generalità ed anche a una determinata persona, oppure da ogni ragionevole utilità, che la cosa possa acquistare o riacquistare per il fatto dell'agente o di altri, onde sussiste il reato di peculato nell'appropriarsi di carte di ufficio fuori uso, in quanto anche la carta di rifiuto degli uffici pubblici, allorché si tratti di quantità notevole, ha un valore, rappresentando un bene economico che dalla pubblica amministrazione può essere comunque alienato (338);
- b) l'assegnazione delle automobili statali alle varie amministrazioni è autorizzata con legge annuale del bilancio e quindi attuata caso per caso con decreto interministeriale cui segue la normativa interna per la relativa distribuzione e l'uso per ragioni di servizio. Nella sua discrezionalità l'ufficio può disporre l'uso della autovettura con autista da parte di qualche funzionario per com-

(337) Così Cass. 12-12-2005, n. 45210 Si veda anche Cass. 10-3-2008, n. 10734, in cui si afferma: «Non ricorre la causa di giustificazione non codificata dell'esercizio di attività sportiva allorché un calciatore colpisce l'avversario fratturandogli il setto nasale nel momento in cui l'arbitro assegna un calcio di punizione, in quanto, in tale fase, non essendo ammesso il gioco attivo di squadra, ancorché singoli giocatori possano trovarsi in movimento per organizzare il «tiro», il gioco deve ritenersi fermo e, pertanto, l'azione antidoverosa non può risultare funzionale all'attività agonistica in atto ma si palesa come una mera aggressione del tutto indipendente dalla dinamica del gioco..»

(338) Così Cass. 17-1-1968, n. 1778.

- riere itinerari cittadini, ivi compreso l'accompagnamento casa-ufficio; il limite consiste nel divieto assoluto dell'uso per ragioni personali di carattere privato, uso che integra gli estremi del delitto di peculato d'uso (339);
- c) realizza il reato di peculato d'uso ex art. 314 comma secondo cod. pen. il comportamento del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio che utilizzi il telefono dell'ufficio affidato alla sua disponibilità per uso personale. Il carattere momentaneo di detto uso e la restituzione immediata caratterizzano appunto la figura criminosa in questione rispetto a quella più grave di cui al comma primo della medesima norma di legge (340).

11 L'applicazione delle cause di giustificazione

A) La rilevanza obiettiva delle scriminanti

L'art. 59, 1° comma, stabilisce che «le circostanze che ... escludono la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute o da lui per errore ritenute inesistenti»: da questa previsione la dottrina desume che le scriminanti **rilevino oggettivamente**, cioè, «**in virtù della loro esistenza**», a prescindere dalla consapevolezza che l'agente ne abbia (FIANDANCA-MUSCO (341)). Il 1° comma dell'art. 59 conteneva in proposito una deroga, facendo salvi i casi in cui la legge disponeva altrimenti: si faceva in proposito riferimento, ad es., alla scriminante speciale di cui all'art. 4 D.L. L. 14-9-1944, n. 288 (*reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale*), la cui configurabilità veniva fatta dipendere dalla presenza di stati psicologici, escludendosi quindi la rilevanza obiettiva. L'art. 1 della L. 7-2-1990 sostituendo il 1° comma dell'art. 59 c.p., ha soppresso l'inciso «salvo che la legge disponga altrimenti»: da ciò deriva che la rilevanza obiettiva delle scriminanti non trova più, nell'ordinamento vigente, alcuna deroga.

B) L'erronea supposizione dell'esistenza di cause di giustificazione

Per l'ultimo comma dell'art. 59 «*se l'agente ritiene per errore che esistono circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo*».

È questa la norma che legittima nel nostro ordinamento le cd. **esimenti putative**, che non esistono nella realtà ma solo nella mente di chi agisce: es. il gioielliere che spara contro il burlone che finge una rapina (caso di legittima difesa putativa). Poiché le esimenti putative anziché escludere l'antigiuridicità, escludono la colpevolezza, sono, alla pari dell'errore, *cause soggettive di esclusione*

(339) Così Cass. 9-1-1979, n. 3314.

(340) Così Cass. 26-3-1996, n. 3009 e Cass. 25-7-1997, n. 7364.

(341) Cfr. FIANDACA - MUSCO: Op. cit., pag. 228 e segg.