

*La struttura della motivazione penale ed il valore del precedente
- materiali per il laboratorio -*

**LA MODIFICA DELL'ART. 275/3 C.P.P. AD OPERA DEL D.L. 23.02.2009, N. 11,
CONV. L. 23.04.2009, N. 38 - IL PROBLEMA DEL REGIME INTERTEMPORALE**

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La norma. - 3. Le dichiarazioni di incostituzionalità della norma. - 4. Il problema del regime intertemporale: i precedenti della Corte di Cassazione. - 5. La tesi dell'applicabilità della nuova norma alle misure cautelari in atto. - 6. La tesi dell'inapplicabilità della nuova norma alle misure cautelari in atto. - 7. La presa di posizione della Sezioni Unite. - 8. Recenti sviluppi della giurisprudenza in tema di principi di proporzionalità e di adeguatezza

1. Premessa.

Il d.l. 23.02.2009, n. 11, conv. l. 23.04.2009, n. 38 ha modificato l'art. 275, co. 3, c.p.p. estendendo a nuovi reati la presunzione di adeguatezza della sola custodia in carcere, che in precedenza era prevista solo per il delitto di associazione per delinquere di stampo mafioso ex art. 416-bis c.p. e per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso art. 416-bis oppure al fine di agevolare l'attività di tali associazioni.

La modifica normativa è stata oggetto di due sentenze della Corte costituzionale che ne hanno dichiarato l'incostituzionalità nella parte in cui prevede la presunzione di adeguatezza della sola custodia in carcere in presenza di gravi indizi di colpevolezza per i delitti di cui agli artt. 600-bis, co. 1, 609-bis e 609-quater c.p. (sent. n. 265/2010) e del delitto di cui all'art. 575 c.p. (sent. n. 164/2011).

La modifica normativa in esame ha tuttavia determinato il sorgere di un contrasto giurisprudenziale in ordine al regime intertemporale con riferimento all'applicabilità della nuova norma alle misure cautelari in corso di esecuzione al momento della sua entrata in vigore.

Tale contrasto fornisce lo spunto per un'interessante riflessione sul valore di "precedente", perché proprio facendo leva su una sentenza delle Sezioni unite del 1992, ritenuta precedente decisivo per la soluzione dell'indicata questione di diritto, una parte dei giudici di merito e l'orientamento maggioritario della Cassazione avevano affermato l'immediata applicabilità della nuova normativa anche alle misure cautelari in corso di esecuzione. Per contro altra parte dei giudici di merito ed alcune sentenze della Cassazione avevano affermato il principio opposto, ritenendo tale remoto precedente delle Sezioni unite ormai superato dalle intervenute modifiche normative e dalla necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata e conforme alla giurisprudenza CEDU: tale indirizzo interpretativo è stato recentemente avallato dalle Sezioni unite.

2. La norma.

Questo il nuovo testo dell'**art. 275/3 c.p.p.** (in grassetto le parti aggiunte dal d.l. n. 11/2009):

*“3. La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata. Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, nonché in ordine ai delitti di cui agli articoli 575, 600-bis, primo comma, 600-ter, escluso il quarto comma e 600-quinquies del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari. **Le disposizioni di cui al periodo precedente si applicano anche in ordine ai delitti previsti dagli articoli 609-bis, 609-quater e 609-octies del codice penale, salvo che ricorrano le circostanze attenuanti dagli stessi contemplate**”.*

3. Le dichiarazioni di incostituzionalità della norma.

Con sentenza in data **17.07.2010, n. 265** la **Corte costituzionale** ha dichiarato l'**incostituzionalità dell'art. 275, co. 3, secondo e terzo periodo c.p.p.**, come modificato dall'art. 2 del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, dalla l. 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli **artt. 600-bis, co. 1, 609-bis e 609-quater c.p.**, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

dalla motivazione:

“(…) 4. – Nel merito, la questione è fondata in riferimento agli artt. 3, 13, primo comma, e 27, secondo comma, Cost., nei limiti di seguito specificati.

5. – La disposizione oggetto di scrutinio trova collocazione nell'ambito della disciplina codicistica delle misure cautelari personali, in particolare di quelle coercitive (artt. 272-286-bis), tutte consistenti nella privazione – in varie qualità, modalità e tempi – della libertà personale dell'indagato o dell'imputato durante il procedimento e prima comunque del giudizio definitivo sulla sua responsabilità.

In ragione di questi caratteri, i limiti di legittimità costituzionale di dette misure, a fronte del principio di inviolabilità della libertà personale (art. 13, primo comma, Cost.), sono espressi – oltre che dalla riserva di legge, che esige la tipizzazione dei casi e dei modi, nonché dei tempi di limitazione di tale libertà, e dalla riserva di giurisdizione, che esige sempre un atto motivato del giudice (art. 13, secondo e quinto comma, Cost.) – anche e soprattutto, per quanto qui rileva, dalla presunzione di non colpevolezza (art. 27, secondo comma, Cost.), in forza della quale l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.

L'antinomia tra tale presunzione e l'espressa previsione, da parte della stessa Carta costituzionale, di una detenzione *ante iudicium* (art. 13, quinto comma) è, in effetti, solo apparente: giacché è proprio la prima a segnare, in negativo, i confini di ammissibilità della seconda. Affinché le restrizioni della libertà personale dell'indagato o imputato nel corso del procedimento siano compatibili con la presunzione di non colpevolezza è necessario che esse assumano connotazioni nitidamente differenziate da quelle della pena, irrogabile solo dopo l'accertamento definitivo della responsabilità: e ciò, ancorché si tratti di misure – nella loro specie più gravi – ad essa corrispondenti sul piano del contenuto afflittivo. Il principio enunciato dall'art. 27, secondo comma, Cost. rappresenta, in altre parole, uno sbarramento insuperabile ad ogni ipotesi di assimilazione della coercizione processuale penale alla coercizione propria del diritto penale sostanziale, malgrado gli elementi che le accomunano.

Da ciò consegue – come questa Corte ebbe a rilevare sin dalla sentenza n. 64 del 1970 – che l'applicazione delle misure cautelari non può essere legittimata in alcun caso esclusivamente da un giudizio anticipato di colpevolezza, né corrispondere – direttamente o indirettamente – a finalità proprie della sanzione penale, né, ancora e correlativamente, restare indifferente ad un preciso scopo (cosiddetto “vuoto dei fini”). Il legislatore ordinario è infatti tenuto, nella tipizzazione dei casi e dei modi di privazione della libertà, ad individuare – soprattutto all'interno del procedimento e talora anche all'esterno (sentenza n. 1 del

1980) – esigenze diverse da quelle di anticipazione della pena e che debbano essere soddisfatte – entro tempi predeterminati (art. 13, quinto comma, Cost.) – durante il corso del procedimento stesso, tali da giustificare, nel bilanciamento di interessi meritevoli di tutela, il temporaneo sacrificio della libertà personale di chi non è stato ancora giudicato colpevole in via definitiva.

Ulteriore indefettibile corollario dei principi costituzionali di riferimento è che la disciplina della materia debba essere ispirata al criterio del “minore sacrificio necessario” (sentenza n. 299 del 2005): la compressione della libertà personale dell’indagato o dell’imputato va contenuta, cioè, entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari riconoscibili nel caso concreto.

Sul versante della “qualità” delle misure, ne consegue che il ricorso alle forme di restrizione più intense – e particolarmente a quella “massima” della custodia carceraria – deve ritenersi consentito solo quando le esigenze processuali o extraprocessuali, cui il trattamento cautelare è servente, non possano essere soddisfatte tramite misure di minore incisività. Questo principio è stato affermato in termini netti anche dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, secondo la quale, in riferimento alla previsione dell’art. 5, paragrafo 3, della Convenzione, la carcerazione preventiva «deve apparire come la soluzione estrema che si giustifica solamente allorché tutte le altre opzioni disponibili si rivelino insufficienti» (sentenze 2 luglio 2009, Vafiadis contro Grecia, e 8 novembre 2007, Lelièvre contro Belgio).

Il criterio del “minore sacrificio necessario” impegna, dunque, in linea di massima, il legislatore, da una parte, a strutturare il sistema cautelare secondo il modello della “pluralità graduata”, predisponendo una gamma alternativa di misure, connotate da differenti gradi di incidenza sulla libertà personale; dall’altra, a prefigurare meccanismi “individualizzati” di selezione del trattamento cautelare, parametrati sulle esigenze configurabili nelle singole fattispecie concrete.

6. – Il complesso di indicazioni costituzionali dianzi evidenziate trova puntuale eco nella disciplina dettata dal codice di procedura penale, in attuazione della direttiva n. 59 della legge di delegazione 16 febbraio 1987, n. 81.

Nella cornice di tale disciplina, la gravità in astratto dei reati oggetto del procedimento rileva, difatti – in linea di principio – solo come limite generale di applicazione delle misure cautelari (art. 280, commi 1 e 2, c.p.p.) o come quantum del limite temporale massimo di durata (ai fini della cosiddetta scarcerazione automatica: art. 303 c.p.p.), non come criterio di scelta sul “se” e sulla “specie” della misura.

Un giudizio di gravità può essere legittimato, in determinate prospettive, solo sul fatto concreto oggetto del procedimento (ad esempio, artt. 274, comma 1, lettera c, e 275, comma 2, c.p.p.) e in via generale è richiesto, come condizione di applicazione delle misure, sugli indizi a carico: è la cosiddetta gravità indiziaria prevista dall’art. 273, comma 1, dello stesso codice.

Si tratta, peraltro, di condizione necessaria, ma non sufficiente, dovendo la gravità indiziaria sempre accompagnarsi ad esigenze cautelari, specificamente individuate dalla legge, legate alla tutela dell’acquisizione o della genuinità della prova, al pericolo di fuga dell’imputato ovvero al rischio di commissione di gravi reati o di reati della stessa specie di quello per cui si procede (art. 274 c.p.p.).

In accordo con il modello sopra indicato, viene altresì tipizzato un “ventaglio” di misure, di gravità crescente in relazione all’incidenza sulla libertà personale: divieto di espatrio (art. 281), obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria (art. 282), allontanamento dalla casa familiare (art. 282-bis), divieto e obbligo di dimora (variamente modulabile quanto ai tempi e ai limiti territoriali: art. 283), arresti domiciliari (variamente modulabili anche in luoghi diversi dall’abitazione propria del soggetto, vale a dire in altri luoghi privati o in luoghi pubblici di cura o di assistenza: art. 284), custodia cautelare in carcere (art. 285).

Di particolare rilievo, ai presenti fini, sono poi i criteri di scelta delle misure nel novero di quelle tipizzate. Il primo e fondamentale è quello di adeguatezza (art. 275, comma 1), secondo il quale, «nel disporre le misure, il giudice tiene conto della specifica idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto». A questo precetto fa riscontro uno specifico obbligo di motivazione sul punto, sancito a pena di nullità (art. 292, comma 2, lettera c, c.p.p.).

È di tutta evidenza come proprio nel criterio di adeguatezza, correlato alla “gamma” graduata delle misure, trovi espressione il principio – implicato dal quadro costituzionale di riferimento – del “minore sacrificio necessario”: entro il “ventaglio” delle alternative prefigurate dalla legge, il giudice deve infatti prescegliere la misura meno afflittiva tra quelle astrattamente idonee a tutelare le esigenze cautelari nel caso concreto, in modo da ridurre al minimo indispensabile la lesività determinata dalla coercizione endoprocedimentale.

A completamento e specificazione del criterio in parola è, poi, previsto che la più gravosa delle misure cautelari personali coercitive, vale a dire la custodia cautelare carceraria, «può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata» (art. 275, comma 3, primo periodo, c.p.p.). Su ciò il giudice che la applica è tenuto a dare, a pena di nullità, una motivazione appropriata, mediante «l’esposizione delle concrete e specifiche ragioni per le quali le esigenze di cui all’articolo 274 non possono essere soddisfatte

con altre misure» (art. 292, comma 2, lettera c-bis, c.p.p.). Si tratta della natura cosiddetta residuale-eccezionale, o di *extrema ratio*, di questa misura.

È inoltre enunciato il criterio di proporzionalità, secondo il quale «ogni misura deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata» (art. 275, comma 2, c.p.p.).

7. – Tratto saliente complessivo del regime ora ricordato – conforme al quadro costituzionale di riferimento – è quello di non prevedere automatismi né presunzioni. Esso esige, invece, che le condizioni e i presupposti per l'applicazione di una misura cautelare restrittiva della libertà personale siano apprezzati e motivati dal giudice sulla base della situazione concreta, alla stregua dei ricordati principi di adeguatezza, proporzionalità e minor sacrificio, così da realizzare una piena "individualizzazione" della coercizione cautelare.

Da tali coordinate si discosta in modo vistoso – assumendo, con ciò, carattere derogatorio ed eccezionale – la disciplina attualmente espressa dal secondo e dal terzo periodo del comma 3 dell'art. 275 c.p.p., non presente nel testo originario del codice, ma in esso inserita via via, con lo strumento della decretazione d'urgenza, in un primo tempo tramite l'aggiunta del solo secondo periodo al citato art. 275, comma 3, sulla spinta di una situazione apprezzata come "emergenziale", legata segnatamente alla rilevata recrudescenza del fenomeno della criminalità mafiosa e di altri gravi o gravissimi reati (art. 5, comma 1, del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, recante «Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa», convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e art. 1, comma 1, del decreto-legge 9 settembre 1991, n. 292, recante «Disposizioni in materia di custodia cautelare, di avocazione dei procedimenti penali per reati di criminalità organizzata e di trasferimenti di ufficio di magistrati per la copertura di uffici giudiziari non richiesti», convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 1991, n. 356); successivamente (attraverso l'art. 5 della legge 8 agosto 1995, n. 332, recante «Modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione dei procedimenti, di misure cautelari e di diritto di difesa») con un contenimento di questa speciale disciplina, mediante una drastica riduzione dei reati a essa assoggettati a quelli di cui all'art. 416-bis c.p. ovvero commessi avvalendosi delle condizioni previste da detto articolo o per agevolare le associazioni ivi indicate; infine, nuovamente e notevolmente ampliando il novero dei reati stessi, con le addizioni recate al vigente secondo periodo e con quelle ulteriori incluse nel nuovo terzo periodo del comma 3 dell'art. 275 (mediante gli interventi parimenti emergenziali dell'art. 2 del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38).

In base alla disciplina in questione, nei procedimenti per taluni delitti, analiticamente elencati, ove ricorra la condizione della gravità indiziaria, il giudice dispone senz'altro l'applicazione della misura cautelare della custodia carceraria, «salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari».

Per comune opinione, la previsione ora ricordata racchiude una duplice presunzione. La prima, a carattere relativo, attiene alle esigenze cautelari, che il giudice deve considerare sussistenti, quante volte non consti la prova della loro mancanza (prova di tipo negativo, dunque, che deve necessariamente proiettarsi su ciascuna delle fattispecie identificate dall'art. 274 c.p.p.). La seconda, a carattere assoluto, concerne la scelta della misura: ove la presunzione relativa non risulti vinta, subentra un apprezzamento legale, vincolante e incontrovertibile, di adeguatezza della sola custodia carceraria a fronteggiare le esigenze presupposte, con conseguente esclusione di ogni soluzione "intermedia" tra questa e lo stato di piena libertà dell'imputato.

Il modello ora evidenziato si traduce, sul piano pratico, in una marcata attenuazione dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti applicativi della custodia cautelare in carcere. Secondo un indirizzo consolidato della giurisprudenza di legittimità, difatti, in presenza di gravi indizi di colpevolezza per uno dei reati considerati, il giudice assolve il suddetto obbligo dando semplicemente atto dell'inesistenza di elementi idonei a vincere la presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari, senza dovere specificamente motivare sul punto; mentre solo nel caso in cui l'indagato o la sua difesa abbiano allegato elementi di segno contrario, egli sarà tenuto a giustificare la ritenuta inidoneità degli stessi a superare la presunzione. Non vi sarà luogo, in ogni caso, ad esporre quanto ordinariamente richiesto dalla seconda parte delle lettere c) e c-bis) dell'art. 292, comma 2, c.p.p., rimanendo irrilevante, a fronte dell'apprezzamento legale, l'eventuale convinzione del giudice che le esigenze cautelari possano essere concretamente soddisfatte tramite una misura cautelare meno incisiva di quella "massima".

Tali marcati profili di scostamento rispetto al regime ordinario avevano indotto il legislatore – nell'ambito di un più generale disegno di recupero delle garanzie in materia di misure cautelari – a delimitare in senso restrittivo il campo di applicazione della disciplina derogatoria, costituente un vero e proprio regime cautelare speciale di natura eccezionale. Riferito, ai suoi esordi, ad una nutrita e disparata serie di figure criminose, il regime speciale era stato infatti circoscritto – a partire dal 1995, come dianzi ricordato – ai soli procedimenti per delitti di mafia in senso stretto (art. 5, comma 1, della citata legge n. 332 del 1995).

In tali limiti, la previsione aveva superato il vaglio tanto di questa Corte che della Corte europea dei diritti dell'uomo. Entrambe le Corti avevano, infatti, in vario modo valorizzato la specificità dei predetti delitti, la cui connotazione strutturale astratta (come reati associativi e, dunque, permanenti entro un contesto di criminalità organizzata, o come reati a tale contesto comunque collegati) valeva a rendere «ragionevoli» – nei relativi procedimenti – le presunzioni in questione, e segnatamente quella di adeguatezza della sola custodia carceraria, trattandosi, in sostanza, della misura più idonea a neutralizzare il *periculum libertatis* connesso al verosimile protrarsi dei contatti tra imputato ed associazione.

In particolare, con l'ordinanza n. 450 del 1995, questa Corte aveva escluso che la presunzione in parola violasse gli artt. 3, 13, primo comma, e 27, secondo comma, Cost., rilevando che se la verifica della sussistenza delle esigenze cautelari («l'*an* della cautela») non può prescindere da un accertamento in concreto, l'individuazione della misura da applicare («il *quomodo*») non comporta indefettibilmente l'affidamento al giudice di analogo potere di apprezzamento, potendo la scelta essere effettuata anche in termini generali dal legislatore, purché «nel rispetto del limite della ragionevolezza e del corretto bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti» (in senso analogo, sul punto, ordinanze n. 130 del 2003 e n. 40 del 2002). Nella specie, deponeva nel senso della ragionevolezza della soluzione adottata «la delimitazione della norma all'area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso», tenuto conto del «coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato».

A sua volta, la Corte di Strasburgo – pronunciando su un ricorso volto a denunciare l'irragionevole durata della custodia cautelare in carcere applicata ad un indagato per il delitto di cui all'art. 416-bis c.p. e la conseguente violazione dell'art. 5, paragrafo 3, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo – non aveva mancato di rilevare come una presunzione quale quella prevista dall'art. 275, comma 3, c.p.p. potesse, in effetti, «impedire al giudice di adattare la misura cautelare alle esigenze del caso concreto» e, dunque, «apparire eccessivamente rigida». Nondimeno, secondo la Corte europea, la disciplina in esame rimaneva giustificabile alla luce «della natura specifica del fenomeno della criminalità organizzata e soprattutto di quella di stampo mafioso», e segnatamente in considerazione del fatto che la carcerazione provvisoria delle persone accusate del delitto in questione «tende a tagliare i legami esistenti tra le persone interessate e il loro ambito criminale di origine, al fine di minimizzare il rischio che esse mantengano contatti personali con le strutture delle organizzazioni criminali e possano commettere nel frattempo delitti» (sentenza 6 novembre 2003, Pantano contro Italia).

8. – È su questo quadro che si innesta l'ulteriore intervento novellistico che dà origine agli odierni quesiti di costituzionalità, operato con il decreto-legge n. 11 del 2009, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 38 del 2009.

Compiendo un “salto di qualità” a ritroso, rispetto alla novella del 1995, l'art. 2, comma 1, lettere a) e a-bis), del citato provvedimento d'urgenza riespande l'ambito di applicazione della disciplina eccezionale ai procedimenti aventi ad oggetto numerosi altri reati, individuati in parte mediante diretto richiamo agli articoli di legge che descrivono le relative fattispecie e per il resto tramite rinvio “mediato” alle norme processuali di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p.; reati tra i quali si annoverano quelli considerati dalle ordinanze di remissione, e cioè l'induzione o sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-bis, primo comma, c.p.); la violenza sessuale (art. 609-bis c.p.), salvo che ricorra l'attenuante di cui al terzo comma («casi di minore gravità»); gli atti sessuali con minorenne (art. 609-quater c.p.), salvo che ricorra l'attenuante di cui al quarto comma («casi di minore gravità»).

È agevole constatare come le estensioni operate – successivamente implementate da modifiche legislative che non hanno interessato direttamente la norma impugnata (ad esempio, art. 12, comma 4-bis, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, recante il «Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero», aggiunto dalla legge 15 luglio 2009, n. 94, recante «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica») – riguardino fattispecie penali in larga misura eterogenee fra loro (fatta eccezione per i delitti “a sfondo sessuale”), e cioè poste a tutela di differenti beni giuridici, assai diversamente strutturate e con trattamenti sanzionatori anche notevolmente differenti (si pensi all'omicidio volontario, al sequestro di persona a scopo di estorsione, all'associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, ai delitti commessi con finalità di terrorismo o di eversione) e accomunate unicamente dall'essere i relativi procedimenti assoggettati al regime cautelare speciale in questione.

9. – Tutte le ordinanze di remissione censurano la norma impugnata limitatamente al fatto che non consente di applicare una misura cautelare meno afflittiva nei procedimenti a quibus, aventi ad oggetto i delitti sessuali dianzi citati. È, dunque, sottoposta allo scrutinio di costituzionalità esclusivamente la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare carceraria, mentre resta fuori del devoluto la presunzione relativa di sussistenza delle esigenze cautelari: dandosi per scontata questa sussistenza, ciò che

rileva, secondo i rimettenti, e determina l'illegittimità costituzionale è la lesione del principio del "minore sacrificio necessario".

10. – La lesione denunciata è effettivamente riscontrabile. Secondo la giurisprudenza di questa Corte, «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*». In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa (sentenza n. 139 del 2010).

Per questo verso, alle figure criminose che interessano non può estendersi la ratio già ritenuta, sia da questa Corte che dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, idonea a giustificare la deroga alla disciplina ordinaria quanto ai procedimenti relativi a delitti di mafia in senso stretto: vale a dire che dalla struttura stessa della fattispecie e dalle sue connotazioni criminologiche – connesse alla circostanza che l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implica un'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice – deriva, nella generalità dei casi concreti ad essa riferibili e secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, una esigenza cautelare alla cui soddisfazione sarebbe adeguata solo la custodia in carcere (non essendo le misure "minori" sufficienti a troncane i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza, neutralizzandone la pericolosità).

Con riguardo ai delitti sessuali in considerazione non è consentito pervenire ad analogia conclusione. La regola di esperienza, in questo caso, è ben diversa: ed è che i fatti concreti, riferibili alle fattispecie in questione (pur a prescindere dalle ipotesi attenuate e considerando quelle ordinarie) non solo presentano disvalori nettamente differenziabili, ma anche e soprattutto possono proporre esigenze cautelari suscettibili di essere soddisfatte con diverse misure.

Per quanto odiosi e riprovevoli, i fatti che integrano i delitti in questione ben possono essere e in effetti spesso sono meramente individuali, e tali, per le loro connotazioni, da non postulare esigenze cautelari affrontabili solo e rigidamente con la massima misura.

Altrettanto può dirsi per quei fatti che si manifestano all'interno di specifici contesti (ad esempio, quello familiare o scolastico o di particolari comunità), in relazione ai quali le esigenze cautelari possono trovare risposta in misure diverse dalla custodia carceraria e che già il legislatore ha previsto, proprio in via specifica, costituite dall'esclusione coatta in vario modo e misura dal contesto medesimo: gli arresti domiciliari in luogo diverso dalla abitazione del soggetto (art. 284 c.p.p.), eventualmente accompagnati anche da particolari strumenti di controllo (quale il cosiddetto braccialetto elettronico: art. 275-bis), l'obbligo o il divieto di dimora o anche solo di accesso in determinati luoghi (art. 283), l'allontanamento dalla casa familiare (art. 282-bis, ove al comma 6 sono specificamente evocati anche i casi in cui si proceda per taluno dei delitti a sfondo sessuale qui in esame).

A riprova conclusiva della molteplicità e varietà dei fatti punibili per i titoli in esame si può notare che il delitto di violenza sessuale (art. 609-bis c.p.) già in astratto comprende – pur tenendo conto della sottrazione al regime cautelare speciale delle ipotesi attenuate – condotte nettamente differenti quanto a modalità lesive del bene protetto, quali quelle corrispondenti alle previgenti fattispecie criminose della violenza carnale e degli atti di libidine violenti. Ciò rende anche più debole la "base statistica" della presunzione assoluta considerata.

11. – La ragionevolezza della soluzione normativa scrutinata non potrebbe essere rinvenuta neppure, per altro verso, nella gravità astratta del reato, considerata sia in rapporto alla misura della pena, sia – come mostra invece di ritenere l'Avvocatura generale dello Stato – in rapporto alla natura (e, in particolare, all'elevato rango) dell'interesse tutelato. Questi parametri giocano un ruolo di rilievo, ma neppure esaustivo, in sede di giudizio di colpevolezza, particolarmente per la determinazione della sanzione, ma risultano, di per sé, inidonei a fungere da elementi preclusivi ai fini della verifica della sussistenza di esigenze cautelari e – per quanto qui rileva – del loro grado, che condiziona l'identificazione delle misure idonee a soddisfarle.

D'altra parte, l'interesse tutelato penalmente è, nella generalità dei casi, un interesse primario, dotato di diretto o indiretto aggancio costituzionale, invocando il quale si potrebbe allargare indefinitamente il novero dei reati sottratti in modo assoluto al principio di adeguatezza, fino a travolgere la valenza di quest'ultimo facendo leva sull'incensurabilità della discrezionalità legislativa.

Ove dovesse aversi riguardo, poi, alla misura edittale della pena, la scelta del legislatore non potrebbe che apparire palesemente scompensata e arbitraria. Procedimenti relativi a gravissimi delitti – puniti con pene più severe di quelli che qui vengono in rilievo (taluni addirittura con l'ergastolo) – restano, infatti, sottratti al regime cautelare speciale: basti pensare alla strage (art. 422 c.p.), alla devastazione o saccheggio (art. 419 c.p.), alla rapina e all'estorsione aggravate (artt. 628, terzo comma, e 629, secondo comma, c.p.), alla

produzione, traffico e detenzione illeciti di stupefacenti, anche con riguardo all'ipotesi aggravata di cessione a minorenni (artt. 73 e 80, comma 1, lettera a, del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309).

12. – Tanto meno, infine, la presunzione in esame potrebbe rinvenire la sua fonte di legittimazione nell'esigenza di contrastare situazioni causa di allarme sociale, determinate dalla asserita crescita numerica di taluni delitti.

Proprio questa, per contro, è la convinzione che traspare dai lavori parlamentari relativi alla novella del 2009 e che ha portato ad attribuire carattere "emergenziale" all'esigenza di precludere l'applicazione di misure cautelari "attenuate" nei confronti degli indiziati di delitti di tipo sessuale.

La norma oggetto di scrutinio si colloca, infatti, nel corpo delle disposizioni – racchiuse nel capo I del decreto-legge n. 11 del 2009 – volte ad un generale inasprimento del regime cautelare, repressivo e penitenziario dei delitti in questione: inasprimento che, nell'idea dei compilatori, rappresenterebbe la necessaria risposta alla preoccupazione diffusasi nell'opinione pubblica, di fronte alla – percepita – ingravescenza di tale deplorabile forma di criminalità (esplicita, al riguardo, la relazione al disegno di legge di conversione A.C. 2232).

La eliminazione o riduzione dell'allarme sociale cagionato dal reato del quale l'imputato è accusato, o dal diffondersi di reati dello stesso tipo, o dalla situazione generale nel campo della criminalità più odiosa o più pericolosa, non può essere peraltro annoverata tra le finalità della custodia preventiva e non può essere considerata una sua funzione. La funzione di rimuovere l'allarme sociale cagionato dal reato (e meglio che allarme sociale si direbbe qui pericolo sociale e danno sociale) è una funzione istituzionale della pena perché presuppone, ovviamente, la certezza circa il responsabile del delitto che ha provocato l'allarme e la reazione della società.

Non è dubitabile, in effetti, che il legislatore possa e debba rendersi interprete dell'acuirsi del sentimento di riprovazione sociale verso determinate forme di criminalità, avvertite dalla generalità dei cittadini come particolarmente odiose e pericolose, quali indiscutibilmente sono quelle considerate. Ma a tale fine deve servirsi degli strumenti appropriati, costituiti dalla comminatoria di pene adeguate, da infliggere all'esito di processi rapidi a chi sia stato riconosciuto responsabile di quei reati; non già da una indebita anticipazione di queste prima di un giudizio di colpevolezza.

Nella specie, per converso, la totale vanificazione del principio di adeguatezza, in difetto di una ratio correlata alla struttura delle fattispecie criminose di riferimento, cumulandosi alla presunzione relativa di sussistenza delle esigenze cautelari, orienta chiaramente lo "statuto custodiale" – in conformità alle evidenziate risultanze dei lavori parlamentari – verso finalità "metacautelari", che nel disegno costituzionale devono essere riservate esclusivamente alla sanzione penale inflitta all'esito di un giudizio definitivo di responsabilità.

13. – Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve dunque concludere che la norma impugnata viola, in parte qua, sia l'art. 3 Cost., per l'ingiustificata parificazione dei procedimenti relativi ai delitti in questione a quelli concernenti i delitti di mafia nonché per l'irrazionale assoggettamento ad un medesimo regime cautelare delle diverse ipotesi concrete riconducibili ai paradigmi punitivi considerati; sia l'art. 13, primo comma, Cost., quale referente fondamentale del regime ordinario delle misure cautelari privative della libertà personale; sia, infine, l'art. 27, secondo comma, Cost., in quanto attribuisce alla coercizione processuale tratti funzionali tipici della pena.

Al fine di attingere, quanto meno ad un livello minimo e tenuto conto dei limiti delle questioni devolute allo scrutinio di questa Corte, la compatibilità costituzionale della norma censurata non è peraltro necessario rimuovere integralmente la presunzione di cui discute.

Ciò che rende costituzionalmente inaccettabile la presunzione stessa è per certo il suo carattere assoluto, che si risolve in una indiscriminata e totale negazione di rilievo al principio del "minore sacrificio necessario", anche quando sussistano – come nei casi oggetto dei procedimenti a quibus, secondo quanto riferiscono i giudici rimettenti – specifici elementi da cui desumere, in positivo, la sufficienza di misure diverse e meno rigorose della custodia in carcere.

La previsione di una presunzione solo relativa di adeguatezza di quest'ultima – atta a realizzare una semplificazione del procedimento probatorio suggerita da taluni aspetti ricorrenti del fenomeno criminoso considerato, ma comunque superabile da elementi probatori di segno contrario – non eccede, per contro, i limiti di compatibilità con i parametri evocati, rimanendo per tale verso non censurabile l'apprezzamento legislativo, in rapporto alle caratteristiche dei reati in questione, della ordinaria configurabilità di esigenze cautelari nel grado più intenso (per una conclusione analoga, con riguardo alla fattispecie da essa esaminata, sentenza n. 139 del 2010). In tale modo, si evita comunque l'irrazionale equiparazione dei procedimenti relativi a tali reati a quelli concernenti la criminalità di tipo mafioso e si lascia spazio alla differenziazione delle varie fattispecie concrete riconducibili ai paradigmi punitivi astratti.

I reati in questione restano assoggettati ad un regime cautelare speciale, tuttavia attenuato dalla natura relativa – e quindi superabile – della presunzione di adeguatezza della custodia carceraria e, perciò, non incompatibile con il quadro costituzionale di riferimento.

L'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, c.p.p. va dichiarato, pertanto, costituzionalmente illegittimo nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 600-bis, primo comma, 609-bis e 609-quater del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure”.

Con sentenza in data **12.05.2011 n. 164** la Corte costituzionale ha dichiarato, negli stessi termini l'incostituzionalità dell'art. 275, co. 3, con riferimento al reato di cui all'**art. 575 c.p.**

4. Il problema del regime intertemporale: i precedenti della Corte di Cassazione.

Il problema dell'applicabilità a misure cautelari in corso di esecuzione di modifiche normative che avevano introdotto presunzioni di adeguatezza della sola custodia in carcere, era stato affrontato dalle seguente sentenza delle Sezioni unite:

Cass., Sez. U, 27/03/1992 (18/04/1992), n. 8, Di Marco, Rv. 190246: “La modifica dell'art. 275, co. 3, c.p.p., operata dall'art. 1 d.l. 9 settembre 1991 n. 292, in seguito alla quale, per taluni più gravi delitti ove sussistano gravi indizi di colpevolezza, è disposta la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non si ravvisano esigenze cautelari, trova applicazione anche per le misure custodiali ordinate in base alla normativa precedentemente vigente che siano ancora pendenti, per le quali cioè non siano ancora scaduti i termini di fase, o quelli massimi. (Nella fattispecie la Corte Suprema di Cassazione ha ritenuto legittimo il provvedimento della Corte di Assise di Palermo che aveva disposto il ripristino della custodia cautelare in carcere, per effetto dell'entrata in vigore del d.l. 9 settembre 1991, n. 292, a carico di un imputato che in precedenza era stato posto agli arresti domiciliari).

dalla motivazione:

RITENUTO IN FATTO

Con ordinanza del 25 settembre 1990 il Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Palermo applicò la misura della custodia cautelare nei confronti del ricorrente Francesco Di Marco, che si trovava in stato di fermo fin dal 23 settembre 1990, perché gravemente indiziato di omicidio pluriaggravato in persona del proprio genero Giovanni D'Aloisi; detta misura era poi sostituita con gli arresti domiciliari in forza di successiva ordinanza del 16 novembre 1990.

Il 4 giugno 1991 il Giudice per le indagini preliminari dispose il rinvio del Di Marco al giudizio immediato avanti la Corte d'assise di Palermo per i delitti di: a) omicidio aggravato premeditato in persona del genero (art. 575 e 577 c.p.p.); - b) porto in luogo pubblico di una pistola semiautomatica (art. 61, n. 2, c.p., 12 e 14 della L. 14 ottobre 1974 n. 497); - c) detenzione illegale della predetta pistola (art. 10 e 14 della L. n. 497 del 1974); delitti commessi in Palermo il 23 settembre 1990.

Nelle more del giudizio di primo grado e su richiesta del P.M., la Seconda Sezione della Corte d'assise di Palermo dispose con ordinanza del 29 ottobre 1991 il ripristino della custodia cautelare, basato sulla intervenuta modifica dell'art. 275, comma 3 c.p.p., operata dall'art. 1 d.l. 9 settembre 1991 n. 292, che prevede l'applicazione della custodia in carcere per taluni più gravi delitti (fra i quali l'omicidio di cui all'art. 575 c.p.) sulla base degli indizi di colpevolezza e "salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari". Il Tribunale di Palermo ha confermato, in sede di appello, ex art. 310 c.p.p., tale misura con la predetta ordinanza del 29 ottobre 1991.

Contro di essa, il Di Marco ha proposto ricorso per cassazione e sostenuto che il Tribunale, applicando la modifica normativa agli arresti domiciliari precedentemente concessi, avrebbe violato l'art. 11 delle preleggi. Ha affermato che il principio *tempus regit actum* fa salvi gli atti processuali posti in essere in base alla legge previgente, non impugnati in termini, nonché gli effetti giuridici da essi prodotti, e che, pertanto, si era data

applicazione retroattiva al d.l. 292/91 che non conteneva, invece, alcuna disposizione derogatoria in tal senso. In subordine ha anche sostenuto che "le norme modificative dell'art. 275 c.p.p. rientrano fra quelle solo formalmente di natura processuale, ma in realtà sono di natura sostanziale, poiché attengono ai diritti di libertà", e che sarebbe, quindi, applicabile la disciplina intertemporale dell'art. 2 c.p. con l'ultrattività della norma più favorevole all'imputato.

La prima sezione della Corte, alla quale il ricorso era stato assegnato, ha emesso ordinanza del 31 gennaio 1991 con la quale ha disposto, a norma dell'art. 618 c.p.p., la trasmissione del ricorso alle Sezioni Unite. A tal fine ha rilevato che è consolidata giurisprudenza di questa Corte Suprema (S. U. 1 ottobre 1991 n. 20 ric. Alleruzzo ed altri) il principio secondo cui "nel sistema di successione di leggi nel tempo l'applicazione immediata di leggi processuali incontra un naturale limite nel rispetto degli atti e dei fatti esauriti sotto l'impero di leggi anteriori", ed altresì, che la predetta nuova normativa è destinata ad esplicare i suoi effetti "su richieste di sostituzione ancora pendenti ..., non a situazioni cristallizzate ed in relazione alle quali non sia intervenuto alcun fatto trasgressivo che legittimi la *mutatio in pejus*. Perciò la questione di diritto, sottoposta all'esame della Sezione, poteva dar luogo "a un contrasto giurisprudenziale, che per la sua rilevanza era opportuno che fosse preventivamente superato dalle Sezioni Unite".

MOTIVI DELLA DECISIONE

Le Sezioni Unite osservano in via preliminare che il problema in esame è stato esattamente impostato dalla Sezione rimettente. Non si tratta di stabilire qui se, nella successione di leggi penali, la materia delle misure cautelari appartenga alle leggi processuali, sia pure solo formalmente, o piuttosto alle leggi sostanziali, che stabiliscono l'ambito dei diritti della persona.

Se, quindi, debba essere applicata la regola generale *tempus regit actum*, che regge la successione delle leggi di ordine pubblico e processuali in base all'art. 11 preleggi, ovvero se valgano le disposizioni derogatorie dell'art. 2 c.p., ispirate al *favor rei*, come sostiene il ricorrente nel suo motivo subordinato. Questa questione è, infatti, risolta nel primo senso dalla giurisprudenza risalente di questa Corte, alla quale si sono aggiunte, da ultimo, queste Sezioni Unite con la sentenza 1 ottobre 1991 n. 20 ricorso Alleruzzo.

Il problema è tutto di ordine pratico e consiste nel verificare in concreto i limiti di applicabilità del predetto principio o, in altri termini, di stabilire in quali casi le situazioni giuridiche, sorte dal diritto precedente, debbano restare ferme nonostante il sopravvenire della nuova legge processuale. Ed occorre ricordare come proprio le difformi opinioni, sempre incontrate nel risolvere questo problema, abbiano spesso indotto il legislatore ad intervenire con norme transitorie al fine sia di facilitare l'applicazione pratica sia di affermare soluzioni ispirate a finalità particolari prevalenti.

Si concorda, in tesi generale, che gli atti processuali, compiuti sotto l'impero della norma abrogata, conservano appieno la loro validità e producono tutti gli effetti che ne scaturivano e che si siano esauriti in base all'ordinamento precedente. Se però dagli atti sono derivati effetti giuridici o situazioni processuali ancora pendenti all'entrata in vigore della nuova norma, si ritiene, dai più, che sia questa a dover essere applicata. Per altra opinione, invece, occorrerebbe rifarsi, di volta in volta ed in concreto, alla nuova norma per ricavare da essa, anche in via interpretativa, la volontà di regolare tali effetti e situazioni in corso. La specie è caratterizzata, come detto, dall'attualità di una misura custodiale, originata da una prima ordinanza impositiva di custodia cautelare e mantenuta da altra ordinanza sostitutiva degli arresti domiciliari. Queste Sezioni Unite ritengono che tale situazione debba essere considerata pendente ai fini del diritto intertemporale: che sussistano, in altri termini, effetti delle predette ordinanze, da considerare come non esauriti nei sensi di cui sopra e secondo le norme processuali vigenti al momento in cui si sono verificati.

Invero, occorre distinguere fra le due ordinanze, divenute definitive per lo scadere dei termini ad impugnare, e la situazione custodiale che ne è l'effetto, la quale non ha tale carattere definitivo, perché revocabile e sostituibile. Dal punto di vista temporale, infatti, questa situazione ha preso inizio fin dal 25 settembre 1990 e si è protratta oltre l'entrata in vigore del d.l. 9 settembre 1991 n. 292. Sotto il profilo giuridico, essa deve considerarsi non definitiva, anche per le norme anteriori al d.l., sia perché non si era nel tempo intermedio verificato alcuno dei fatti estintivi previsti dagli art. 300 - 302 c.p.p., sia perché non erano scaduti i termini di fase e massimi (rispettivamente di anni uno e quattro) stabiliti per custodia cautelare ed arresti domiciliari negli art. 303 comma 1 lett. b), n. 2, e comma 4 lett. b), 284 comma 5 e 308 comma 1 c.p.p. Risulta infine che, all'interno dei termini così stabiliti l'art. 291 c.p.p. già allora prevedeva la sostituibilità sia in *meljus* sia in *pejus* delle misure in corrispondenza all'attenuarsi o all'aggravarsi delle esigenze cautelari.

La citata sentenza 1 ottobre 1991 n. 20 ric. Alleruzzo, di queste Sezioni Unite attiene al diverso problema dell'applicazione dei più gravosi termini, stabiliti nell'art. 2 d.l. 9 settembre 1991 n. 292, alle custodie cautelari applicate prima della sua entrata in vigore, ma i principi in essa richiamati sono quelli più sopra esposti e confermano che le misure custodiali disposte in base alla norma precedente devono considerarsi

pendenti e non esaurite fino alla scadenza dei relativi termini di fase o massimi ma che durante la pendenza si applica la nuova legge.

Queste sezioni unite ritengono che anche il ricorso alla *voluntas legislatoris*, proposto come argomento integrativo per l'applicazione del principio *tempus regit actum* dalla ricordata opinione minoritaria, debba portare alla medesima conclusione. E ciò anche se alcuni elementi equivoci, offerti dal testo normativo, potrebbero consentire una opposta interpretazione.

L'art. 10 del decreto legge n. 292 contiene la norma transitoria secondo la quale "le disposizioni dell'art. 2, relative ai termini di durata della custodia cautelare, si applicano anche ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto". Si è, allora, sostenuto con interpretazione *a contrariis* che la norma dell'art. 1 non sarebbe applicabile ai procedimenti in corso. Si è, inoltre, tratto argomento dalla frase contenuta nel preambolo del decreto: "ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di evitare che imputati di gravissimi reati possano avvalersi degli arresti domiciliari", per dedurre dal verbo usato che il legislatore avrebbe considerato soltanto le situazioni future e non quelle pregresse.

Si tratta indubbiamente di aporie del compilatore che, se possono ingenerare errore nell'interprete, contrastano, tuttavia, con le vere finalità del provvedimento, quali emergono dalla considerazione unitaria del testo del decreto, del preambolo e della relazione illustrativa. Da tale considerazione emerge chiara la *voluntas legis* di escludere l'applicazione degli arresti domiciliari per tutte le persone imputate dei reati più gravi e di criminalità organizzata e, correlativamente, di estendere la custodia cautelare anche mediante allungamento dei termini.

Quanto all'argomento *a contrariis*, tratto dalla disposizione transitoria dell'art. 10 d.l., se era forse opportuno sotto il profilo didattico - interpretativo estendere il chiarimento anche all'art. 1, deve tuttavia essere ribadito che l'art. 10 ha contenuto ricognitivo di una norma vivente nell'ordinamento ma non ha un contenuto innovativo e che perciò non può offrire spunto per la predetta interpretazione *a contrariis*.

Non ha fondamento, infine, l'argomento che nega la possibilità di ripristinare la custodia in carcere, per effetto della modifica legislativa, sul rilievo che la sostituzione in *pejus* sarebbe consentita soltanto nei casi previsti dagli art. 276 comma 1 e 299 comma 4: cioè, quando siano trasgredite le prescrizioni inerenti ad una misura ovvero quando risulti un aggravamento de facto delle esigenze cautelari. Per vero, i predetti articoli contemplano ipotesi di revoca di una misura e di contestuale applicazione di una più grave misura (con il termine "sostituzione" le due norme intendono indicare sinteticamente tali operazioni), fondate su presupposti di fatto che i giudici del merito hanno ritenuto non ricorrere nella specie. Ma da ciò non consegue che sia esclusa ogni altra revoca e contestuale applicazione di una più grave misura. Al contrario, il sopravvenuto divieto degli arresti domiciliari e la sua applicazione a quelli pendenti in forza dell'art. 11 preleggi, secondo quanto si è sopra detto, comporta di per sé l'obbligo di revocare una misura divenuta illegittima.

E lo strumento procedimentale per adempiere a tale obbligo è contenuto, nell'art. 299 co. 1 c.p.p., secondo cui "le misure coercitive... sono immediatamente revocate quando risultino mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità previste... dalle disposizioni relative alle singole misure", condizioni contenute, appunto, nell'art. 275 comma 3 oltre che negli art. 280 e segg. c.p.p. La modifica legislativa di tali condizioni costituisce, qui, un "fatto sopravvenuto" che legittima la revoca. Mentre l'applicazione della misura più grave segue di conseguenza.

In argomento va anche segnalata la seguente sentenza del S.C.:

Cass., Sez. U, 25/10/1994 (12/12/1994), n. 19, De Lorenzo, Rv. 199392: Allorché la misura cautelare della custodia in carcere sia stata sostituita con gli arresti domiciliari in forza di norma di legge sopravvenuta, al ripristino di essa, seguito alla caducazione di tale norma, non si applica il disposto dell'art. 299 co. 4 c.p.p., che impone al giudice di indicare le sopravvenute circostanze giustificatrici della sostituzione della meno gravosa misura degli arresti domiciliari con quella più gravosa della custodia in carcere.

dalla motivazione:

"Il 4 comma dell'art. 299 c.p.p., nel consentire la sostituzione di una misura cautelare con un'altra e di maggiore gravità, richiede un'ineludibile condizione, e cioè che sopravvenute circostanze dimostrino l'inadeguatezza della meno gravosa misura rispetto alle esigenze cautelari da tutelare.

Quella norma presuppone che una prognosi sia stata dal giudice formulata all'atto dell'applicazione della prima misura e che la stessa si sia rivelata erranea.

Senonché, nell'ipotesi in esame, la misura della custodia cautelare in carcere era stata dal GIP sostituita con gli arresti domiciliari, unicamente perché il D.L. 14 luglio 1994 n. 444 aveva modificato l'art. 275 c.p.p., rendendo non più applicabile ai reati contestati al ricorrente quell'originaria misura. Ciò nonostante il GIP, nel sostituire la custodia in carcere con gli arresti domiciliari, non solo aveva dato atto che l'unica ragione giustificatrice di quel provvedimento era rappresentata dal sopravvenuto divieto legislativo, ma aveva anche affermato che persistevano, ed in tutta la loro originaria consistenza, quelle stesse esigenze cautelari che erano state sino ad allora tutelate con la custodia in carcere, tant'è che, nell'ambito della misura consentita, aveva imposto a De Lorenzo i limiti e i divieti previsti dal 2 comma dell'art. 284 c.p.p..

E non appena il D.L. n. 444 del 14 luglio 1994 perdette efficacia, in conseguenza della sua mancata conversione, venne ripristinata l'originaria misura. Pertanto, il ripristino non si è realizzato nell'ambito dei presupposti previsti dall'art. 291 c.p.p. e, quindi, non appropriato appare il richiamo a quella norma per sostenere l'illegittimità del provvedimento cautelare.

Non sono neppure meritevoli di accoglimento i motivi con i quali il ricorrente ha dedotto la violazione degli artt. 274 e 275 c.p.p., nonché la mancanza e la manifesta illogicità della motivazione dell'impugnata ordinanza, sia con riferimento alla ravvisata persistenza delle esigenze cautelari previste dall'art. 274 lett. A) e C) c.p.p., che in relazione alla scelta della misura idonea alla loro tutela.

Orbene, deve innanzi tutto ribadirsi, in questa sede, che i limiti della cognizione della Corte di Cassazione, anche in relazione ai provvedimenti riguardanti l'applicazione delle misure cautelari, sono individuabili nell'ambito della specifica previsione normativa contenuta nell'art. 606 c.p.p..

Ne consegue che se si denuncia, come nel caso in esame, il vizio di motivazione di un'ordinanza, tale vizio, per poter essere rilevabile, deve assumere i connotati indicati nell'art. 606 lett. E: deve, cioè, trattarsi o della mancanza della motivazione, o della sua manifesta illogicità.

Ma nessuna delle due ipotesi è ravvisabile in relazione all'ordinanza impugnata dal ricorrente.

Il Tribunale di Napoli ha indicato le ragioni per le quali la persistenza delle originarie esigenze cautelari imponeva il ripristino della misura e, nel recepire le conclusioni e le valutazioni che erano state espresse dal Collegio per i reati ministeriali nel provvedimento del 6.8.1994, le ha condivise, non senza arricchirle con autonomi rilievi, suggeriti dall'analisi di alcune risultanze acquisite.

Inoltre dal contenuto dell'impugnata ordinanza non emergono aspetti di "manifesta illogicità": le conclusioni alle quali il Tribunale è pervenuto sono coerenti, sul piano logico, con le premesse indicate nella stessa ordinanza.

Pertanto, i rilievi indicati dal ricorrente, proprio perché non fondati, finiscono per prospettare alla Corte la necessità di una verifica delle risultanze acquisite al fine di ottenere una diversa e più favorevole valutazione: ma tale compito, com'è noto, è precluso alla Corte di Cassazione.

Per quanto, infine, riguarda la denunciata violazione dell'art. 274 c.p.p., prospettata dalla difesa del ricorrente, deve osservarsi che le esigenze tutelate alla lettera A) di quella norma, non riguardano soltanto quelle investigative in senso stretto, così come sostenuto nel ricorso. Esse concernono anche l'acquisizione della "prova" e la conservazione della sua genuinità.

Pertanto, ai fini della ravvisata necessità di prevenire, con la misura della custodia in carcere, il persistente e concreto pericolo di un inquinamento probatorio, a nulla rileva il fatto che le indagini preliminari si erano ormai concluse.

Inoltre, sia in relazione alla suddetta esigenza cautelare, che con riferimento alla necessità di prevenire la reiterazione di delitti della stessa specie rispetto a quelli per i quali era stata applicata quella misura, la prognosi è stata fatta, in termini di apprezzabile concretezza, utilizzando criteri sintomatici offerti dalle acquisite risultanze, ma non certamente suggeriti da arbitrarie o suggestive congetture".

5. La tesi dell'applicabilità della nuova norma alle misure cautelari in atto.

Tra le molte sentenze del S.C. che hanno accolto la tesi dell'applicabilità del nuovo testo dell'art. 275, co. 3 c.p.p. alle misure cautelari in corso di esecuzione si segnalano:

Cass., Sez. III, 30/09/2009 (19/10/2009), n. 40478, Rv. 244926: "La novella dell'art. 275, comma terzo, c.p.p., ad opera del D.L. n. 11 del 2009, conv. con L. n. 38 del 2009, che ha introdotto per i reati sessuali la presunzione relativa di adeguatezza soltanto della misura cautelare della custodia carceraria, impone, quale "fatto sopravvenuto", la revoca della diversa misura coercitiva in caso di applicazione e la contestuale sostituzione con quella della custodia carceraria".

Cass., Sez. III, 20/05/2009 (11/06/2009), n. 23961, Kaddouri, Rv. 244080: L'estensione della presunzione legale, sia pure non assoluta, di inadeguatezza di ogni altra misura custodiale rispetto a quella carceraria, ai reati di violenza sessuale, di atti sessuali con minorenne e di violenza sessuale di gruppo "salvo che ricorrano le circostanze attenuanti dagli stessi contemplate", conseguente alle modifiche introdotte all'art. 275, comma terzo, c.p.p. dalla legge di conversione del D.L. 23 febbraio 2009, n. 11 (L. 23 aprile 2009, n. 38), si applica, per il principio *tempus regit actum*, anche alle misure custodiali ancora in atto e disposte prima della sua entrata in vigore. (Nella specie il ricorso riguardava l'ordinanza del Tribunale del riesame che, in sede di appello, aveva rigettato la richiesta di ripristino della misura degli arresti domiciliari).

Cass., Sez. V, 16/03/2010 (12/05/2010), n. 18090, Mondini, Rv. 247143: È legittimo il provvedimento con cui il Tribunale della libertà confermi - nei confronti dell'imputato del reato di cui all'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990, già sottoposto a custodia cautelare in carcere successivamente sostituita con gli arresti domiciliari - il ripristino della più grave misura carceraria in virtù della sopravvenienza della modifica normativa dell'art. 275, comma terzo, c.p.p. - introdotta con l'art. 2, comma primo, lett. a-bis D.L. n. 11 del 2009, convertito con modificazioni in legge n. 38 del 2009 - la quale estende la presunzione di inadeguatezza di misure cautelari diverse dalla custodia cautelare in carcere per i reati ivi indicati, tra i quali è compreso quello di cui al predetto art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990. Peraltro, detta modifica normativa, trattandosi di materia processuale e in assenza di diversa disposizione transitoria, è applicabile, anche con riguardo ai procedimenti in corso, sulla base del principio *tempus regit actum*.

Cass., Sez. V, 15/07/2010 (04/10/2010), n. 35677, Dammacco, Rv. 248879: La modifica dell'art. 275, comma terzo, c.p.p. (art. 2, comma primo, lett. a) D.L. n. 11 del 2009, convertito dalla legge n. 38 del 2009), che ha introdotto l'obbligo di disporre la misura della custodia in carcere in presenza di gravi indizi di colpevolezza, è di immediata applicazione anche nei procedimenti in cui siano state concesse misure meno gravi per reati commessi prima dell'entrata in vigore del sopra menzionato decreto, e che siano ancora pendenti, trattandosi di disposizione di natura processuale. (Fattispecie relativa al delitto di associazione finalizzata al narcotraffico).

6. La tesi dell'inapplicabilità della nuova norma alle misure cautelari in atto.

Tra le decisioni di **giudici di merito** che hanno aderito alla tesi dell'inapplicabilità della nuova presunzione di adeguatezza della custodia cautelare a misure cautelari in corso di esecuzione, si segnala l'**ordinanza del Tribunale di Milano – sezione del riesame - in data 21.04.2009** che ha annullato il provvedimento del Tribunale che, a seguito dell'entrata in vigore della novella normativa, aveva sostituito con la custodia cautelare in carcere la misura degli arresti domiciliari, che era stata applicata per il reato di cui agli artt. 609 bis, 609 ter ult. comma c.p. Si legge nella **motivazione** dell'ordinanza:

“(…) Venendo invece al merito dell'impugnazione questo Tribunale osserva che la disposizione di cui all'art. 275 co. 3 c.p.p. prevede una presunzione di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere, connessa al duplice presupposto della sussistenza di esigenze cautelari ex art. 274 c.p.p. e di un particolare titolo di reato, nel senso che, ove sia

stata verificata l'effettiva pericolosità dell'autore, determinati reati, per le loro caratteristiche strutturali, vengono ritenuti espressivi di un grado della citata pericolosità che impone l'adozione della misura più restrittiva ed impedisce l'applicazione di misure più lievi: in tal modo si istituisce non una "presunzione di pericolosità" (posto che comunque la sussistenza delle esigenze cautelari deve essere dimostrata e verificata), ma una "**presunzione di adeguatezza**" di una sola delle misure previste dall'ordinamento, la custodia in carcere. In tal modo si opera cioè una restrizione del potere discrezionale riconosciuto al giudice in generale dallo stesso art. 275 c.p.p. nella scelta della misura cautelare più adeguata.

La selezione dei reati fondanti tale presunzione non può certo essere arbitraria, ma ciò non vuol dire che vi debba essere "omogeneità" della natura e della struttura di tali reati, nel senso che il legislatore possa scegliere solo tra i reati di una stessa indole o che aggrediscano un determinato bene giuridico, quali ad esempio i reati di criminalità organizzata o gravi delitti con uso di armi.

Una simile limitazione non può ritenersi imposta né dalla logica né da ragioni di sistematica giuridica, posto che, invero, l'aggressione a differenti beni giuridici, non necessariamente tra loro omogenei, tutelati da diverse norme incriminatrici può ritenersi ugualmente espressiva di un grado di pericolosità tale da dover essere contenuta con la massima cautela. Invero, l'intensità della pericolosità connessa all'aggressione di determinati beni giuridici, per i riflessi che tale aggressione ha sulla collettività, dipende da una pluralità di fattori, legati al contesto sociale e alla diffusività del fenomeno. Simili fattori proprio per la loro natura (dipendente dal contesto storico e sociale) sono tipicamente oggetto di **scelte discrezionali di natura politica** e a tale responsabilità politica fanno eminente riferimento. I limiti di ragionevolezza e razionalità di dette scelte politiche sono stati del resto chiaramente tracciati dalla Corte costituzionale per evitare qualsiasi indebita ingerenza della giurisdizione in ambiti di mera discrezionalità politica.

E' pur vero infatti che lo scrutinio di compatibilità delle presunzioni di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere sono state condotte dalla Corte costituzionale con riferimento a reati di criminalità mafiosa o connessa ad uso di armi contro le persone.

Tuttavia, con la nota ordinanza n. 450/1995 la Corte Costituzionale ha chiaramente individuato quale deve essere il parametro di **ragionevolezza** nell'esercizio della discrezionalità legislativa a questo riguardo: esso consiste, infatti, nell'individuazione di un "coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva" connaturato al tipo di reato, operazione che, anche con riferimento alle disposizioni del vecchio codice di rito, la medesima Corte costituzionale aveva indicato doversi condurre con riferimento al "contesto storico e normativo" (cfr. Corte cost. n.1/1980).

Orbene, la gravità dei fatti delittuosi di **violenza sessuale** quale espressa anche dal progressivo inasprimento delle pene edittali, la particolare attenzione alla persecuzione del fenomeno espressa da noti e numerosi strumenti internazionali (soprattutto, come nella specie, con riferimento alla tutela sessuale dei minori), la progressiva diffusività del fenomeno e il clamore pubblico con il connesso clima di insicurezza venutosi a creare nella collettività, nonché la natura primaria del bene della libertà sessuale (specie ove tale tutela concerna i minori), costituiscono coefficienti concreti di pericolosità connaturati alle ipotesi delittuose in esame nell'attuale contesto storico, sociale e normativo, che non consentono di fondatamente dubitare della **ragionevolezza** della scelta legislativa, così da palesare la manifesta infondatezza di una questione di costituzionalità nei termini indicati dalla difesa.

Oltre tutto il legislatore ha dimostrato di “ragionevolmente” escludere dalla presunzione i casi attenuati previsti dalla norme incriminatici in materia (peraltro non ricorrenti nella specie), allontanando quindi qualsiasi possibile dubbio sulla violazione del principio di ragionevolezza e sul conseguente divieto di trattamento disparato di situazioni consimili connesso al fatto di fondare la presunzione di adeguatezza su un titolo idoneo a sussumere nella propria previsione casi di gradata e ben differente aggressività rispetto al bene giuridico tutelato e conseguente diversa espressività di pericolosità del suo autore.

Tanto meno sarebbe legittimo utilizzare la personale e soggettiva scala di valori del singolo giudice come parametro per valutare la ragionevolezza della selezione legislativa dei titoli idonei a fondare la presunzione, sulla base delle altrettanto soggettive e relative considerazioni della gravità dei singoli titoli di reato.

Va poi osservato che, in caso di ragionevole selezione di reati considerati espressivi di un particolare coefficiente di pericolosità, la compressione della discrezionalità giurisdizionale in merito alla scelta della misura cautelare più idonea è stata ritenuta dalla Corte costituzionale non comportare alcuna violazione del principio di cui all’art. 13 co. 1 Cost. (cfr. Corte cost. ord. n. 450/1995 cit.).

Né l’irragionevolezza o l’irrazionalità della disciplina può ritenersi connessa al mero fatto che una simile presunzione sia applicabile anche a **reati commessi anteriormente** all’introduzione legislativa della presunzione.

Dubbi di costituzionalità potrebbero, infatti, profilarsi al riguardo solo nel caso fosse stata codificata una presunzione di “pericolosità”, cioè una presunzione in base alla quale un soggetto debba ritenersi pericoloso e debba al medesimo applicarsi la misura cautelare della custodia in carcere per il solo fatto di aver realizzato un fatto che integra una determinata fattispecie di reato.

Se fosse stabilita una simile presunzione e la si ritenesse applicabile anche a reati risalenti nel tempo potrebbe infatti ritenersi un profilo di irragionevolezza di una simile scelta, nella misura in cui attribuisce una medesima valenza presuntiva sia a reati (di un determinato tipo) commessi recentemente sia a quelli molto risalenti e tardivamente perseguiti o scoperti, senza prendere perciò in alcuna considerazione il tempo trascorso.

Tuttavia ciò non si verifica nel nostro ordinamento, dove l’art. 275 co. 3 c.p.p. codifica soltanto una presunzione di “adeguatezza” di una determinata misura cautelare in presenza della commissione di particolari reati espressamente previsti, purché siano comunque sussistenti e attuali esigenze cautelari che giustifichino l’applicazione di una misura cautelare, così da superare quindi il dato della risalenza temporale del commesso reato (cfr. Cass. II 13 maggio 1997 Letizia RV 208366; Cass. VI 4 marzo 1996 Foti RV 204912).

La citata ordinanza n. 450/1995 ha del resto precisato che l’art. 27, co. 2 Cost. non si applica alle misure coercitive di carattere personale adottate per finalità cautelari.

Soltanto questo aspetto - quello cioè dell’applicabilità della presunzione di adeguatezza anche ai reati anteriormente commessi - è quello che è stato preso in considerazione da alcune recenti decisioni del SC, secondo cui “la presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari e di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere rispetto ai delitti indicati dall’art. 275, co. 3, c.p.p. ha **natura processuale**, sicché trova applicazione anche per le misure cautelari adottate in relazione a fatti anteriori all’introduzione della presunzione stessa” (Cass. I 28 marzo 2008 Abbruzzese RV 240184; in senso conforme Cass. I 28 maggio 2008 Gabriele RV 240810; in questo medesimo filone si pongono quelle decisioni che hanno risolto il problema della attenuazione della custodia cautelare in carcere, sempre in casi in cui questa era stata originariamente applicata in forza della predetta presunzione:

cfr. Cass. VI 26 gennaio 2005 Miceli Corchettino RV 230938; Cass. V 7 maggio 2004 Santaniello RV 229877; Cass. III 3 agosto 2000 Valenza RV 216557).

Tale questione è totalmente diversa da quella dell'applicabilità della presunzione di adeguatezza anche ai casi in cui fossero già in atto altre misure cautelari più lievi che, proprio in forza della presunzione, vengano sostituite con la custodia in carcere: infatti i casi recentemente esaminati dalla Cassazione riguardavano ipotesi in cui si applicava per la prima volta la misura coercitiva (a reati commessi prima dell'introduzione della presunzione), ma non ipotesi in cui si aggravavano le misure cautelari sostituendo quelle in atto (arresti domiciliari o altre più lievi) con la custodia in carcere in forza della citata presunzione (come appunto è avvenuto nella specie).

L'aspetto di irragionevolezza della disciplina non è infatti connesso alla particolare scelta dei titoli di reato che fondano la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia in carcere (nel caso, i reati di violenza sessuale), né al fatto che simile presunzione di adeguatezza sia applicabile anche a reati commessi anteriormente all'introduzione legislativa di simile presunzione.

I profili di **irragionevolezza** della disciplina presuntiva in esame sono invece determinati dal fatto che essa venga ritenuta applicabile a **situazioni pregresse** in cui già da tempo erano in atto misure cautelari più lievi che si erano dimostrate pienamente **efficaci** e che vengono sostituite con la custodia in carcere solo per l'astratto meccanismo dell'inclusione successiva del reato fra quelli per i quali si presume adeguata la sola custodia in carcere.

Simile specifico problema ha formato oggetto di un risalente precedente delle SU della Cassazione (Cass. SU 27 marzo 1992 Di Marco RV 190246). Con detta decisione le SU hanno ritenuto l'introduzione della presunzione di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere in relazione a determinate ipotesi di reato comportasse la necessità di sostituire con la restrizione carceraria misure cautelari più lievi che fossero già in atto per tale titolo di reato.

Il fondamento della decisione è rappresentato da due punti fondamentali: il riconoscimento della natura processuale delle disposizioni in materia di misure cautelari, con conseguente applicazione della regola *tempus regit actum* di cui all'art. 11 preleggi; il riconoscimento che ai sensi dell'art. 299 comma 1 c.p.p. la misura cautelare pendente (per la quale, cioè, non fossero ancora scaduti i termini di fase o quelli massimi) dovesse essere revocata e sostituita con la custodia in carcere essendo venute meno le condizioni per l'applicabilità della misura più lieve in forza dell'introduzione della presunzione legislativa di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere.

Simile discussa decisione non può ritenersi aver prodotto invero un orientamento consolidato, ove si pensi che in ben due decisioni successive prese da differenti sezioni del S.C. è stato affermato che, in caso di successiva condanna per uno dei reati in riferimento ai quali è stata stabilita la presunzione di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere "deve aversi riguardo non già al suddetto art. 275, poiché non si verte in tema di prima applicazione di una misura cautelare di coercizione personale, bensì all'art. 299, co. 4, c.p.p., che prevede la modifica peggiorativa della precedente misura in corso di applicazione quando risultino aggravate le esigenze cautelari (...) ne consegue che la pura e semplice intervenuta condanna per uno dei reati predetti, non accompagnata da alcun elemento sintomatico dell'emergere di qualche evenienza negativamente influente sulle esigenze cautelari ex lett. b) e c) dell'art. 274 c.p.p., non può essere idonea a modificare il quadro giuridico-processuale esistente al momento della concessione degli arresti

domiciliari e a fondare il ripristino della misura cautelare della custodia in carcere” (Cass. I 24 maggio 1996 Corsanto RV 205490; conf. Cass. VI 13 gennaio 1995 Corea RV 200564).

Del resto gli stessi presupposti fondanti la decisione delle SU si prestano ad obiezioni non superate dalle argomentazioni esposte dal S.C. che, del resto, non poteva tener conto (e comunque non ha considerato) **emergenze successive** in materia di principi da applicare la specie.

Infatti la stessa natura processuale delle disposizioni di cui all’art. 275 co. 3 c.p.p. non può ritenersi decisiva, almeno ai fini dell’applicazione delle garanzie in punto di successioni di leggi nel tempo, tanto che il S.C. talvolta torna a fare riferimento alla vecchia categoria delle “norme processuali a rilevanza sostanziale”. Più precisamente si è affermato che “le norme che disciplinano l'applicazione di misure cautelari hanno **carattere processuale**, ma, per la loro influenza immediata sullo *status libertatis*, hanno **rilevanza sostanziale**, con la conseguenza che, in tale materia, si applicano le norme sulla successione di leggi nel tempo proprie delle disposizioni sostanziali” (Cass. VI 19 febbraio 1998 Russo RV 211083).

In applicazione di detto principio la Cassazione aveva deciso nel senso che, in caso di norme più favorevoli introdotte con decreto legge non convertito, si applicano le disposizioni vigenti nel momento della commissione del fatto, per effetto dell'art. 77, comma terzo, Cost. e della sentenza della Corte costituzionale 19 febbraio 1995, n. 51, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 2, co. 5, c.p., nella parte in cui rende applicabili, nel caso di decreto legge non convertito, le disposizioni dei commi secondo e terzo dello stesso articolo, ciò affermando in una fattispecie relativa all'art. 2 del decreto legge 14 luglio 1994, n. 440, non convertito, che aveva introdotto il comma 3 bis nell'art. 275 c.p.p., con il quale si era inibita l'adozione di provvedimenti di custodia cautelare per delitti diversi da quelli indicati nel comma 3 dello stesso articolo e dell'art. 380 c.p.p.: è pur vero che la Corte aveva conseguentemente valutato corretta la soluzione dei giudici di merito che non avevano ritenuto caducati gli effetti di una misura cautelare per effetto della entrata in vigore del decreto non convertito, ma certo la portata del principio è generale e sarebbe ancor più arbitrario limitarla ai soli casi in cui giustifichi un trattamento cautelare deteriore per l'imputato.

Nè tali affermazioni - sulla rilevanza sostanziale di norme processuali ai fini dell'applicabilità alle medesime di garanzie e discipline previste per norme penali sostanziali - possono essere facilmente trascurate alla luce delle indicazioni provenienti dalla **giurisprudenza CEDU** che proprio alla **rilevanza sostanziale penale** delle norme collega il rispetto delle garanzie, indipendentemente dalla loro qualifica formale (cfr. ad es. CEDU 9 febbraio 1995 Welch c. Regno Unito; CEDU 20 gennaio 2009 Sud Fondi c. Italia), fornendo così un parametro interposto per interpretare ed applicare alla specie le garanzie della nostra Carta costituzionale.

Soprattutto non può ritenersi che il meccanismo presuntivo sia applicabile alle misure già definite, nel senso che non può qualificarsi come ancora “aperta” e “pendente” la questione dell’adeguatezza della misura in forza del meccanismo normativo di cui all’**art. 299, co. 1, c.p.p.**, che attribuisce rilievo anche a mere modifiche normative sopravvenute.

Il riferimento a questa disposizione, come era stato a suo tempo notato da numerosi commentatori, rappresenta infatti elementi di notevole forzatura, posto che la norma prevede la “**revoca**” della misura cautelare, non un suo aggravamento mediante “sostituzione” di una misura più lieve con altra più afflittiva.

D'altro canto che il meccanismo di cui all'art. 299 co. 1 c.p.p. faccia riferimento al venire meno della misura cautelare si desume chiaramente dallo stesso tenore letterale della disposizione (“*le misure coercitive e interdittive sono immediatamente revocate quando risultano mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità previste dall’art. 273 o dalle disposizioni relative alle singole misure ovvero le esigenze cautelari previste dall’art. 274*”).

Né può fondatamente farsi luogo ad alcuna confusione tra “revoca” e “sostituzione” della misura posto che nell’ambito dello stesso art. 299 il legislatore ha dimostrato di distinguere il concetto di “revoca” (che implica l’eliminazione di qualsiasi trattamento cautelare) da quello di “sostituzione” (che implica il venir meno di una misura cautelare mediante contestuale applicazione di una diversa, in tal modo sostituita, che può essere più lieve o più grave della precedente): cfr. l’art. 299 ai commi 2 (dove si parla di sola sostituzione), i commi 3, 3bis, 3 ter (dove si parla di revoca o sostituzione), 4 (dove si parla di sola sostituzione, *in peius*, come avviene del resto anche nell’art. 276), 4 bis, 4 ter (dove si parla di revoca o sostituzione). Il legislatore ha quindi sempre precisamente distinto il concetto di sostituzione da quello di revoca ed ha precisamente indicato quando una norma disciplina uno solo od entrambi questi fenomeni

La norma che disciplina il caso di modifica *in peius* del trattamento cautelare non è perciò l’art. 299, co. 1 c.p.p., ma la disposizione dell’art. **299, co. 4** c.p.p., che subordina tale peggioramento esclusivamente all’aggravamento sostanziale delle esigenze cautelari, di tal che ogni rilevanza che si voglia attribuire ad astratti meccanismi presuntivi per via dell’art. 299, co. 1 c.p.p. determinerebbe non solo una applicazione analogica *in malam partem* di detta disposizione, ma contrasterebbe altresì con la citata disposizione di cui all’art. 299, co. 4 dettata per il caso “speciale” dell’aggravamento delle misure cautelari, concretando così una palese e duplice violazione dei principi ermeneutici in materia.

Pertanto, solo un sostanziale aggravamento delle esigenze cautelari può legittimare, ai sensi dell’art. 299 co. 4 cit., un peggioramento del trattamento cautelare attraverso la rimessa in discussione della “questione” sull’adeguatezza della misura, altrimenti da ritenersi “esaurita”, come nella specie, all’esito delle impugnazioni al riguardo: infatti le astratte modifiche normative sulle condizioni di applicabilità delle misure possono assumere rilievo per il pregresso solo ove migliorative, in forza del dettato dell’art. 299 co. 1 cit., che riguarda appunto esclusivamente la revoca delle misure cautelari, mentre per il resto non possono che riguardare i casi di futura applicazione di misure cautelari successiva alla loro entrata in vigore.

Simile soluzione deve ritenersi del resto imposta in sede di **interpretazione costituzionalmente orientata**, al fine di evitare attribuzioni di senso che comporterebbero una irragionevolezza della disciplina *de qua*, sotto il profilo della ingiustificata disparità di trattamento conseguente alla mancata differenziazione dei casi in cui al soggetto debba essere applicata per la prima volta la misura cautelare, dai casi in cui il soggetto sia già sottoposto a misura cautelare più lieve dimostratasi nei fatti pienamente adeguata a salvaguardare le esigenze cautelari ritenute sussistenti. Quest’ultimo dato di fatto incide, infatti, direttamente sul meccanismo presuntivo previsto dal legislatore e, quindi, non può essere trascurato senza incorrere in una irragionevolezza.

Ritiene, infatti, questo Collegio che la fondamentale declinazione del principio costituzionale di ragionevolezza consista proprio nella necessaria considerazione (e rispetto) dei dati fattuali rilevanti, al fine di assicurare la parità di trattamento, da parte

della norma giuridica che, trascurando quelli essenziali, palesa inevitabilmente la sua totale “**irragionevolezza**”.

Nella specie, con l’art. 275, co. 3 c.p.p., il legislatore ha istituito una presunzione per la quale un fatto ignoto oggetto di prognosi (adeguatezza della sola custodia in carcere) si da per presunto sulla base di uno o più fatti noti (ricorrenza di un determinato titolo di reato e la sussistenza di esigenze cautelari), così semplificando l’onere motivazionale del giudice (che per sostenere l’applicazione della misura di maggior rigore può fare riferimento ai soli elementi indicati dalla norma che istituisce la presunzione) e corrispondentemente restringendone la discrezionalità (quando la presunzione sia “*iuris et de iure*”).

Il dato fattuale rappresentato dal periodo temporale in cui un soggetto viene sottoposto ad una misura cautelare più lieve senza che si verifichino gli eventi (fatti criminosi della stessa indole, inquinamento probatorio, fuga) alla cui prevenzione la misura cautelare è preordinata – è, infatti, **un dato della realtà** suscettibile di **contraddire** da un punto di vista fenomenico e fattuale, una **presunzione** come quella di adeguatezza di una sola determinata misura cautelare e rappresenta certamente un dato che non può essere trascurato, se non si vuole sottoporre allo stesso trattamento deteriori situazioni dissimili sotto profili rilevanti ai fini del trattamento medesimo.

La rilevanza del dato temporale in materia cautelare è del resto istituita non solo da norme di legge ordinaria (quali ad esempio l’art. 292, co. 2, lett. c) c.p.p.) come tali superabili da norme di pari rango, ma anche da fonti interposte - quali la Convenzione europea dei diritti dell’uomo e le sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia di art. 5 comma 3 della Convenzione – che assumono il valore di parametri di commisurazione delle garanzie e dei principi costituzionali dello Stato quale fonte interposta (sul valore di fonte interposta cfr. Corte Cost. n.348 e n.349/2007; Cass. SU 31 gennaio 2008 Huzuneanu RV 238472).

In particolare, proprio nella nota sentenza CEDU 16 ottobre 2003 Pantano c. Italia, nell’ammettere la presunzione di adeguatezza di cui all’art. 275 comma 3 c.p.p., si sottolinea l’importanza della persistenza nel tempo delle condizioni legittimanti l’applicazione di misure cautelari (punto 66 della motivazione; cfr. anche punto 38 della motivazione della sentenza CEDU 16 febbraio 2001 Vaccaro c. Italia) e la possibilità di superare le presunzioni attraverso la prova contraria (punto 68 della motivazione).

Pertanto, in sede di **interpretazione costituzionalmente orientata** e volta ad impedire interpretazioni che determinerebbero irragionevoli disparità di trattamento e una disciplina irrazionale e contraddittoria nel sistema di cui all’art. 299 c.p.p., deve ritenersi che le disposizioni che prevedono una presunzione assoluta di idoneità della sola custodia cautelare in carcere non possano applicarsi a quelle situazioni, preesistenti alla loro entrata in vigore, in cui la prognosi di adeguatezza di una misura custodiale più lieve abbia trovato conferma fattuale già in sede di esecuzione di un precedente provvedimento cautelare ed in cui, pertanto, la questione dell’adeguatezza della misura deve ritenersi definitiva.

Posto che nel caso di specie il prevenuto risulta essere stato collocato agli arresti domiciliari sin dal giugno 2007 e che la predetta misura, in tale considerevole lasso di tempo (poco meno di due anni), ha palesato la sua totale adeguatezza a salvaguardare ogni esigenza cautelare, deve ritenersi inapplicabile alla specie la presunzione di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere stabilita dal nuovo testo dell’art. 275 comma 3 c.p.p. introdotto dal D.L. 23 febbraio 2009 n.11, da ultimo convertito con modificazioni nella L. 23 aprile 2009 N.38, in quanto se si interpretasse la norma nel senso della sua applicabilità anche a tali situazioni si determinerebbe una irragionevolezza di tale disciplina (rilevante ai sensi dell’art. 3 Cost.) nel senso sopra precisato.

Poiché l'applicazione dell'art. 275, co. 3 c.p.p. a tali situazioni pregresse in cui l'imputato sia già sottoposto a misure più lievi per lo stesso fatto di reato (senza che siano intervenute modifiche sostanziali del quadro cautelare) non è oggetto di una espressa previsione legislativa in tal senso, ma è frutto di una interpretazione (sistematica) affermata autorevolmente in giurisprudenza (ma contraddetta da altre decisioni fondate su argomenti più convincenti), il giudice nel ritenere l'inapplicabilità della disposizione a tali situazioni pregresse si mantiene nei limiti di un'attività di mera interpretazione, cioè nei limiti di un'attività di mera attribuzione dei uno dei significati possibili all'enunciato legislativo nel contesto normativo complessivo, secondo il lessico e la sintassi dei parlanti la lingua in cui esso è espresso, senza che per giungere a tali conclusioni occorra eliminare o aggiungere parti dello stesso enunciato normativo o di altri enunciati normativi.

Conseguentemente non è necessario sollevare una questione di costituzionalità per sollecitare interventi ablativi o additivi di testi di legge, di competenza esclusiva della Corte costituzionale, ma possono assumersi le predette conclusioni in sede di interpretazione costituzionalmente orientata.

Posto che solo in forza di tale presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere era stata sostituita la precedente misura degli arresti domiciliari e che non risultano né sono stati dedotti altri elementi idonei a modificare il quadro cautelare preesistente, deve ripristinarsi la misura degli arresti domiciliari precedentemente in essere.

Sulla scorta di tutte le precedenti considerazioni deve quindi riformarsi l'impugnata ordinanza e ripristinarsi nei confronti di (...) la misura degli arresti domiciliari in Milano (...) come precedentemente in atto, prima della sua sostituzione con la custodia cautelare in carcere in forza dell'ordinanza qui impugnata per esclusivo effetto dell'applicazione astratta del meccanismo presuntivo in punto di adeguatezza.

Conseguentemente deve ordinarsi l'immediata scarcerazione dell'odierno ricorrente se non detenuto per altra causa e deve disporsi che lo stesso raggiunga immediatamente senza scorta (e comunque entro un'ora dall'intervenuta scarcerazione) il luogo degli arresti previa presentazione alla stazione dei Carabinieri territorialmente competente per i controlli.

Alla decisione del Tribunale in quanto di accoglimento non consegue la condanna dell'istante al pagamento delle spese processuali”.

Anche il S.C. in alcune sentenze ha sostenuto la stessa tesi, tra esse si segnalano:

Cass., Sez. VI, 08/07/2009 (31/07/2009), n. 31778, Turelli, Rv. 244264: “La modifica dell'estensione della presunzione legale di inadeguatezza di misure cautelari diverse da quella carceraria introdotta dal D.L. n. 11 del 2009 (convertito con modificazioni dalla L. n. 38 del 2009) è previsione di carattere processuale, che, in quanto tale, si applica ai soggetti i quali abbiano commesso uno dei delitti indicati dalla novella anche in epoca anteriore alla sua entrata in vigore, ma soltanto con riguardo alle misure cautelari che in riferimento agli stessi reati devono ancora essere adottate e non anche a quelle già applicate prima della stessa data, le quali, dunque, non devono subire alcuna trasformazione in ragione della novità legislativa”.

Cass., Sez. VI, 06/10/2009 (24/11/2009), n. 45012, Di Blasi, Rv. 245474: In tema di misure cautelari personali, la modifica dell'estensione della presunzione legale di inadeguatezza di misure diverse da quella custodiale, introdotta dal D.L. n. 11 del 2009

(convertito nella L. n. 38 del 2009), è previsione di carattere processuale, che, in quanto tale, si applica a coloro che abbiano commesso uno dei delitti indicati dalla novella anche in epoca anteriore alla sua entrata in vigore, ma soltanto con riguardo alle misure cautelari che devono ancora essere adottate e non anche a quelle già applicate prima della stessa data, le quali, pertanto, non devono subire alcuna trasformazione in ragione della predetta modifica normativa. (Fattispecie relativa al delitto di cui all'art. 74 del d. P.R. n. 309 del 1990, in cui la S.C. ha ritenuto che la misura custodiale sia stata erroneamente applicata in epoca anteriore all'entrata in vigore della novella legislativa, a fronte di un quadro cautelare che avrebbe invece imposto la meno grave misura coercitiva degli arresti domiciliari).

7. La presa di posizione della Sezioni Unite.

Come risulta dall'informazione provvisoria, la sentenza delle **Sezioni Unite 31.03.2011** ha fornito risposta **negativa** al quesito se la misura cautelare applicata prima della novella codicistica, che ha ampliato il catalogo dei reati per i quali vale la presunzione legale di adeguatezza esclusiva della custodia carceraria, possa subire modifiche per effetto del nuovo e più sfavorevole trattamento normativo.

Si riportano i passi essenziali dell'ordinanza Cass., Sez. I, 13.10.2010 (13.10.2010), n. 1335/11, di remissione alle Sezioni Unite:

“(…) 4. Tanto premesso osserva il Collegio che sulla questione di diritto posta dal ricorso della pubblica accusa debba nuovamente investirsi il massimo collegio di questa Corte.

4.1 Già con provvedimento del 4 marzo 2010, n. 293, la quinta sezione di questa istanza di legittimità dispose di sottoporre alle sezioni unite identica questione, rilevando che su di essa non esisteva unanimità interpretativa in seguito all'introduzione del decreto legge 23 febbraio 2009 n. 11, convertito con modificazioni nella legge 23 aprile 2009 n. 38. Osservava in particolare quel Collegio che, all'indirizzo interpretativo accolto dalle pronunce che hanno riconosciuto piena applicabilità al nuovo testo legislativo anche in relazione a fatti pregressi per i quali era stata già disposta una misura cautelare (Cass., sez. III, 20.10.2009, n. 45846, Pulvirenti, rv. 245220; Cass., sez. I, 30.9.2009, n. 44180, Bartolomeo, m. 245673; Cass., sez. I, 14.1.2009, n. 41378, rv. 245070; Cass., sez. I, 22.9.2009 n. 40009, Mastrullo, rv. 245324; Cass., sez. VI, 22.9.2009, n. 45008, Matuozzo, rv. 245286; Cass., sez. III, 2.7.2009, n. 30786, V.G., rv. 244573; Cass., sez. I, 9.6.2009, n. 26493, Leone, rv. 244040; Cass., sez. III, 20 maggio 2009, n. 23961, Kaddaouri, rv. 244060) era venuta a contrapporsi una diversa, ancorché minoritaria, opzione giurisprudenziale, secondo la quale le misure cautelari legittimamente adottate anteriormente all'entrata in vigore della modifica legislativa, per i reati compresi nella previsione del nuovo testo normativa, non devono subire trasformazioni per effetto dello *ius superveniens* (Cass., sez. VI, 8.7.2009, n. 31778, Torelli, rv. 244264; Cass., sez. VI, 6.10.2009, n. 45012, Di Blasi, rv. 245474). Il Presidente aggiunto della Corte, preso atto della ordinanza di remissione, ha però ritenuto, con provvedimento del 19 maggio 2010, di restituire gli atti alla sezione remittente, invitando la stessa ad una nuova valutazione circa l'attualità del contrasto, giudicato come destinato ad essere superato in considerazione di successive pronunce di quella stessa quinta sezione della Corte, ormai adesive all'interpretazione maggioritaria della Corte medesima.

Tanto doverosamente premesso, opina ora questo Collegio della prima sezione che ricorrano tutte le condizioni per una nuova investitura del superiore collegio, dappoichè sussistente un conflitto interpretativo virtuale, avendo questo Collegio medesimo maturato il convincimento, all'esito di prolungata ed approfondita discussione, che, nella ipotesi data, la misura cautelare legittimamente e definitivamente adottata in epoca anteriore alla novella normativa, in relazione ai

reati *ex novo* ricompresi nella disciplina più rigorosa, non possa subire trasformazioni indotte dalla disciplina sopravvenuta, e tanto sulla base delle seguenti argomentazioni.

4.2 L'indirizzo interpretativo maggioritario innanzi richiamato fonda le sue ragioni sulle motivazioni illustrate da Cass., SS.UU., 27 marzo 1991, n. 8. Di Marco, rv. 190246, la quale, come è noto, ebbe a statuire che la legge 9 settembre 1991 n. 292 (legge, questa, intervenuta pochi mesi dopo il d.l. 152 del 1991, che, per la prima volta introdusse nel sistema il restringimento della discrezionalità del giudice a favore di una valutazione legislativa della necessità di una misura cautelare di massimo rigore in riferimento ad un certo numero di figure criminose, e che ulteriormente restrinse le possibilità difensive di prova contraria alla presunzione introdotta) doveva trovare applicazione anche per le misure custodiali ordinate in base alla previgente normativa ed ancora pendenti dappoichè non maturati né i termini di fase né quelli massimi. Con una certa dose di pigrizia interpretativa ancora oggi, dopo circa venti anni e nonostante una serie di interventi modificativi di quella prima, rigorosa iniziativa legislativa, si richiama quel lontano, ancorché autorevolissimo, precedente, nonostante le evidenti novità dell'attuale assetto normativo e gli interventi in materia, che occorre doverosamente registrare, sia della Corte Costituzionale (sent. 450 del 1995 e, da ultimo, a margine della stessa normativa in esame, eppertanto importantissima, sent. 265 del 21.7.2010) sia della Corte Europea dei diritti dell'uomo (decisione 6 novembre 2003, Pantano c/o Italia).

La diversità di quadro normativo sta nell'ampliamento irrazionale privo di coerenza giuridica della platea dei reati ai quali applicare la disciplina di rigore, platea nella quale compaiono, ormai, figure delittuose prive di una coerenza complessiva, attesa la diversità di natura giuridica e di regime sanzionatorio (il catalogo legislativo va da figure delittuose sanzionate nel massimo con dieci anni di reclusione, quella ad esempio di cui all'art. 609-bis c.p., a reati puniti con la pena dell'ergastolo, prevista per il sequestro di persona a scopo di estorsione aggravato ex art. 630 co. 3 C.P.).

Le pronunce del giudice delle leggi, la n. 450/1995, e di quello sovranazionale hanno poi concordemente stabilito la congruità della disciplina in esame con i principi della Costituzione e con quelli del giusto processo, ma hanno, nel contempo, significativamente rimarcato che quei giudizi, anch'essi autorevolissimi, riguardavano un assetto normativo ove la platea riferita alla legislazione di rigore faceva riferimento ai reati di criminalità organizzata, giustificativi, per la loro importanza giuridica e per la loro rilevanza economico-sociale sul complessivo assetto della comunità nazionale, di una eccezionale previsione codicistica. Tale ben ponderato giudizio ha trovato conferma nella recente pronuncia della Corte Costituzionale, sent. 265 del luglio 2010, con la quale il rigore della presunzione portato dalla novella è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo in riferimento a reati non riconducibili a quelli di criminalità organizzata e per questo corretto, mediante pronuncia additiva di interpretazione, con la previsione che possano la difesa provare ed il giudice considerare, elementi specifici in relazione al caso concreto dai quali risulti che le esigenze cautelari possano essere soddisfatte con altre misure. Opina, in tutta e doverosa modestia, il Collegio che tutto ciò debba e possa alimentare una interpretazione più attuale della norma e che il nuovo, l'ennesimo, recrudescente intervento del legislatore debba necessariamente essere letto ed interpretato alla luce dei principi costituzionali e delle lezioni come innanzi impartite dalla Corte Costituzionale e da quella europea (soprattutto l'ultima, con la quale il giudice delle leggi sembra aver posto un punto fermo alla confusione e sovrapposizione, sempre di più perseguita dal legislatore, tra valutazione giurisdizionale concreta e valutazione normativa astratta). I relativi modi e termini, quelli almeno delibati dal Collegio, sono presto detti. Il novellato art. 111 della Costituzione ha fortemente accentuato la centralità della posizione dell'imputato e, con essa, la tutela della sua libera personale, a presidio della quale, già *ab origine*, era previsto dalla suprema Carta il rimedio del ricorso per cassazione per violazione di legge contro tutti i provvedimenti giurisdizionali diretti a limitarla. Inoltre, come opportunamente sottolineato da Cass., sez. V, 4.3.2010, n. 1798/11, già innanzi citata, la rilevanza del bene inviolabile della libertà, nella fase anteriore alla sentenza definitiva, è stata ripetutamente riconosciuta dal giudice delle leggi. Si veda la sent. n. 445/2007, interpretativa di rigetto, in materia di contestazione a catena (art. 297 c. 3 c.p.p.), la sent. n. 143/2008 sulla equiparazione della custodia cautelare all'estero con quella

sofferta nel nostro Paese, la sent. n. 219/2008 sul diritto alla equa riparazione per ingiusta detenzione, per la quale la Corte ha rimosso la condizione del proscioglimento dell'imputato. Riconsiderata deve essere altresì, a giudizio del Collegio, la valutazione degli effetti connessi alla natura processuale della norma in esame, sia per considerare, comunque, gli effetti sostanziali determinati dalla carcerazione preventiva, traducendosi essa in una espiatione anticipata della massima sanzione penale, sia per rivalutare il concetto di giudicato cautelare, il cui richiamo non appare al Collegio in contrasto, ma al contrario coerente, con il principio generale secondo il quale *tempus regit actum*. Ma sul regime intertemporale in discussione decisive appaiono ulteriori robuste analisi giuridiche. Secondo il maggioritario indirizzo giurisprudenziale che qui si pone in discussione, il ripristino della custodia in carcere a carcere dell'indagato/imputato già agli arresti domiciliari, nella ipotesi dedotta col ricorso in esame, è imposto dalla legge e lo strumento per adempiere a tale obbligo deve essere rinvenuto nell'art. 299, co. 1 c.p.p. (la cui violazione, non a caso, viene denunciata dal procuratore ricorrente). Orbene, detta norma, l'art. 299 co. 1 c.p.p. appunto, stabilisce che debba essere immediatamente revocata la misura coercitiva qualora manchino o vengano a mancare, anche per accadimenti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità, tra l'altro, dell'art. 275 co. 3 c.p.p., oltre che degli artt. 280 e ss. c.p.p.

Quindi, in sintesi, le ss.uu. Di Marco e le pronunce successive ad essa ispirate, affermano la retroattività della norma sfavorevole da applicarsi in concreto attraverso il doppio passaggio dato dalla revoca della misura più favorevole in corso, ai sensi dell'art. 299 co. 1 c.p.p., non più possibile in forza di un "fatto sopravvenuto" costituito da una modifica legislativa e, poi, dall'applicazione della misura più severa. Tre sono le considerazioni contrarie all'esposto sistema processuale delineato dall'interpretazione qui contrastata.

A) Lo stesso articolo 299 c.p.p., nella ipotesi data, ai rispettivi commi 2 e 4 non prevede la possibilità di una "revoca" bensì quella, processualmente tutta diversa, della "sostituzione".

B) La revoca di cui al primo comma dell'art. 299 c.p.p. è prevista in via generale come una revoca *in melius* e non *in peius*.

C) Il mutamento legislativo rientra molto a fatica nella nozione giuridica di "fatto sopravvenuto" ed una novella normativa non appare neppure idonea a determinare l'aggravamento di esigenze cautelari le quali, soltanto, possono condurre alla sostituzione di una misura meno grave con altra più severa.

Di qui la conclusione che l'oggettiva, mancata previsione nel nostro sistema processuale (in particolare nell'ambito dell'art. 299 c.p.p.) di uno strumento adatto a tal fine, esclude la possibilità di applicare alle misure ancora in corso per i reati introdotti nella nuova tipizzazione dell'art. 275 co. 3 c.p.p., il regime di presunzione in precedenza non praticabile. 5. Su tali motivate premesse ritiene questa Sezione che vi siano spazi ermeneutici utilizzabili per pervenire a conclusioni del tutto diverse da quelle indicate dall'indirizzo giurisprudenziale consolidate da numerose (e maggioritarie) pronunce di questa Corte, e che l'eventuale contrastante decisione di questa Sezione a margine della controversia come in premessa introdotta, costituisca un non auspicabile *vulnus* alla funzione di nomofilattica della Suprema Corte, superabile soltanto con un nuovo, autorevole pronunciamento che, con la presente ordinanza si auspica e si promuove (...).

8. Recenti sviluppi della giurisprudenza in tema di principi di proporzionalità e di adeguatezza.

Per completare il quadro dei materiali giurisprudenziali essenziali per la trattazione dell'argomento in esame appare opportuno ricordare che in tema di proporzionalità della custodia cautelare in carcere, le **Sezioni Unite** con sentenza in data **28.10.2010, n. 1235/2011, Giordano**, hanno recentemente affermato i seguenti principi:

Rv. 249324: Il principio di proporzionalità, al pari di quello di adeguatezza, opera come parametro di commisurazione delle misure cautelari alle specifiche esigenze ravvisabili nel caso concreto, tanto al momento della scelta e della adozione del provvedimento coercitivo,

che per tutta la durata dello stesso, imponendo una costante verifica della perdurante idoneità della misura applicata a fronteggiare le esigenze che concretamente permangano o residuino, secondo il principio della minor compressione possibile della libertà personale.

Rv. 249323: È illegittimo il provvedimento di revoca della custodia cautelare motivato esclusivamente in riferimento alla sopravvenuta carenza di proporzionalità della misura in ragione della corrispondenza della durata della stessa ad una percentuale, rigidamente predeterminata ricorrendo ad un criterio aritmetico, della pena irroganda nel giudizio di merito e prescindendo da ogni valutazione della persistenza e della consistenza delle esigenze cautelari che ne avevano originariamente giustificato l'applicazione.

dalla motivazione:

“(…) 2. Nel merito, il quesito sul quale queste Sezioni unite sono chiamate a pronunciarsi è se il principio di proporzionalità di cui all'art. 275, comma 2, c.p.p. imponga la revoca della misura della custodia cautelare, a prescindere dalla permanenza di esigenze cautelari, ove la durata della custodia già sofferta abbia raggiunto il limite di due terzi della pena inflitta con sentenza di condanna. Sul punto, la giurisprudenza assolutamente prevalente si è espressa, in numerosissime occasioni, in senso contrario alla tesi fatta propria dal Tribunale di Bologna, facendo essenzialmente leva su una lettura coordinata e sistematica del quadro normativo coinvolto e rappresentato, essenzialmente, dal combinarsi dei principi enucleabili dagli artt. 275, 299, 303 e 304 c.p.p.

Si rileva, anzitutto, come al giudice che procede sia sempre imposta una valutazione globale e complessiva della vicenda cautelare, che si radica su una serie di parametri di apprezzamento, di natura tanto oggettiva che soggettiva. Nel novero di tali parametri si iscrive anche il principio di proporzionalità, il quale – secondo la quasi totalità delle pronunce che si collocano in tale filone interpretativo – è destinato a spiegare i suoi effetti tanto nella fase genetica della applicazione della misura, che nel suo aspetto funzionale della relativa protrazione. Procedere, dunque, ad una valutazione rigida del rapporto di proporzionalità della durata della misura con la entità della pena inflitta, evocando a criterio di ragguaglio il limite dei due terzi della pena inflitta, sulla falsariga del limite finale della durata della custodia cautelare, sancito dall'art. 304, co. 6, c.p.p., equivarrebbe a frustrare la disciplina dei termini scandita dagli artt. 303 e 304 c.p.p., introducendo arbitrariamente nel sistema un meccanismo di automatica estinzione della custodia cautelare che finirebbe per obliterare totalmente la esigenza, postulata dal codice di rito, di un apprezzamento non parcellizzato dell'intero iter cautelare, nel cui ambito non può non ricomprendersi, anche, l'apprezzamento in concreto dei *pericula in libertate* che dovessero in ipotesi residuare.

La dimensione temporale della misura in rapporto alla pena inflitta, non è, quindi, un parametro inconferente ai fini della decisione sul mantenimento della misura stessa, posto che il canone della proporzionalità, di cui all'art. 275, comma 2, c.p.p., entra in causa proprio agli effetti di tale scrutinio. Ciò che, invece, tale orientamento decisamente respinge, è la possibilità di desumere dal sistema un principio in forza del quale, al raggiungimento di una rigida e predeterminata proporzione tra durata della custodia e quantum di pena inflitta, la restrizione della libertà personale debba comunque cessare, a prescindere da qualsiasi apprezzamento delle esigenze cautelari (tra le numerosissime pronunce in tal senso v. Sez. 1, n. 9233, del 3/2/2009, dep. 2/3/2009, Zochiami; Sez. 5, n. 21195, del 12/2/2009, dep. 20/5/2009, Occhipinti; Sez. 2, n. 531 del 12/12/2008, dep. 9/1/2009, Zaki; Sez. 4, n. 35713 del 10/7/2007, dep. 28/9/2007, Mohamed; Sez. 2, n. 35587 del 7/6/2007, dep. 26/9/2007, Khelifi).

Il diverso orientamento trae invece origine dalla affermazione secondo la quale gli artt. 275, comma 2, e 299, comma 2, c.p.p., attuativi della direttiva di cui all'art. 2, n. 59, della legge-delega sul codice di procedura penale, fissano un principio, per così dire, autosufficiente, nella parte in cui stabiliscono che il giudice è chiamato a valutare la ragionevolezza del permanere della limitazione della libertà personale derivante dall'applicazione della misura cautelare, in relazione al prevedibile risultato finale del processo. Al giudice, pertanto, sarebbe innanzi tutto richiesto di effettuare una prognosi, ovviamente provvisoria e circoscritta negli effetti, in ordine alla sanzione che potrà essere inflitta in caso di condanna, e, in secondo luogo, di valutare se, tenuto conto della presumibile decisione finale e della durata che la misura cautelare ha già avuto, sia proporzionato – e, dunque, ragionevole – il protrarsi della stessa. In tale prospettiva, si è affermato, il difetto di proporzione sarà tanto più certo, quanto più la specifica situazione risulterà prossima ai parametri indicati dall'art. 304, comma 4, c.p.p., (nel testo allora vigente: Sez. 6, n. 1227, del 29/3/1995, dep. 15.5.1995, Ragaglia).

All'interno di tale filone interpretativo si sono poi iscritte altre pronunce, nella sostanza non dissonanti dagli approdi ermeneutici cui è pervenuto il provvedimento impugnato, anche se, peraltro, in nessuna di esse

risulta affermato il principio – enunciato dai giudici *a quibus* – secondo il quale la custodia cautelare deve cessare quando dal suo inizio sia decorso un periodo pari ad almeno due terzi della pena in concreto inflitta (v. Sez. 2, n. 35179 del 3/7/2008, dep. 11/9/2008, Kanibat; Sez. 5, n. 36685 dell'11/7/2007, dep. 5/10/2007, Mandakie; Sez. 5, n. 36670 del 26/6/2007, dep. 5/10/2007, Gajdo).

3. Il perimetro dei valori costituzionali entro i quali può trovare soluzione il quesito sottoposto all'esame di queste Sezioni unite e che ovviamente illumina il percorso argomentativo da seguire, è stato nitidamente tracciato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale, da ultimo, si è espressa in termini di univoca chiarezza, ai fini che qui interessano, nella sentenza n. 265 del 2010. Il tema dell'an e del quomodo delle misure limitative della libertà personale ruota, infatti, tutto attorno a due parametri in apparente frizione logica fra loro: da un lato, il principio di inviolabilità della libertà personale, con i relativi corollari di tipicità, riserva di legge, giurisdizionalità e limitazione temporale che ne assistono le eccezionali deroghe, sancito dall'art. 13 Cost., e, dall'altro, il principio di presunzione di non colpevolezza, previsto dall'art. 27, comma secondo, della medesima Carta. L'apparente contraddizione tra una previsione espressa che legittima la privazione massima della libertà personale attraverso la "carcerazione preventiva", per sua natura destinata ad operare prima ed a prescindere dalla condanna definitiva, e la regola per la quale nessuna anticipazione di pena può ritenersi costituzionalmente compatibile con il principio che presume la persona "non colpevole" fino alla pronuncia della condanna irrevocabile, si risolve proprio – ha sottolineato la giurisprudenza costituzionale – assegnando a questo secondo principio il valore di limite che, in negativo, contrassegna la legittimità della limitazione della libertà personale ante iudicium.

Dunque, tanto l'applicazione quanto il mantenimento delle misure cautelari personali non può in nessun caso fondarsi esclusivamente su una prognosi di colpevolezza, né mirare a soddisfare le finalità tipiche della pena – pur nelle sue ben note connotazioni di polifunzionalità – né, infine, essere o risultare in itinere priva di un suo specifico e circoscritto "scopo", cronologicamente e funzionalmente correlato allo svolgimento del processo. Il necessario raccordo che deve sussistere tra la misura e la funzione cautelare che le è propria, comporta, poi – sul versante del quomodo attraverso il quale si realizza la compressione della libertà personale – che questa abbia luogo secondo un paradigma di rigorosa gradualità, così da riservare alla più intensa limitazione della libertà, attuata mediante le misure di tipo custodiale – "fisicamente" simmetriche rispetto alle pene detentive, e, dunque, da tenere nettamente distinte sul piano funzionale – il carattere residuale di *extrema ratio*. "Questo principio - ha d'altra parte sottolineato la stessa Corte costituzionale – è stato affermato in termini netti anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale, in riferimento alla previsione dell'art. 5, paragrafo 3, della Convenzione, la carcerazione preventiva "deve apparire come la soluzione estrema che si giustifica solamente allorchè tutte le altre opzioni disponibili si rivelino insufficienti" (sentenze 2 luglio 2009, Vafiadis contro Grecia, e 8 novembre 2007, Lelièvre contro Belgio)». Da qui, la logica che sostiene i principi enunciati nella direttiva n. 59 della legge-delega 16 febbraio 1987, n. 81, sul nuovo codice di procedura penale, ed il recepimento, all'interno del sistema delle cautele (art. 275, comma 2, c.p.p.), del duplice e concorrente canone della adeguatezza, in forza del quale il giudice deve parametrare la specifica idoneità della misura a fronteggiare le esigenze cautelari che si ravvisano nel caso concreto, secondo il paradigma di gradualità di cui si è detto, ed il criterio di proporzionalità, per il quale "ogni" misura deve essere proporzionata "all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata." L'aspetto qualificante che caratterizza il sistema appena delineato e che lo rende conforme a Costituzione, è dunque quello – ha sottolineato ancora la Corte costituzionale – di rifuggire da qualsiasi elemento che introduca al suo interno fattori che ne compromettano la flessibilità, attraverso automatismi o presunzioni. "Esso esige, invece, che le condizioni e i presupposti per l'applicazione di una misura cautelare restrittiva della libertà personale siano apprezzati e motivati dal giudice sulla base della situazione concreta, alla stregua dei ricordati principi di adeguatezza, proporzionalità e minor sacrificio, così da realizzare una piana "individualizzazione" della coercizione cautelare» (v. la già citata sentenza n. 265 del 2010). Ed è del tutto evidente che i postulati della flessibilità e della individualizzazione che caratterizzano l'intera dinamica delle misure restrittive della libertà, non possono che assumere connotazioni "bidirezionali", nel senso di precludere tendenzialmente qualsiasi automatismo – che inibisca la verifica del caso concreto - non soltanto in chiave, per così dire, repressiva, ma anche sul versante "liberatorio."

4. Dai rilievi dianzi svolti è già dunque possibile trarre alcuni significativi corollari. La vicenda cautelare, anzitutto, presuppone una visione unitaria e diacronica dei presupposti che la legittimano, nel senso che le condizioni cui l'ordinamento subordina l'applicabilità di una determinata misura devono sussistere non soltanto all'atto della applicazione del provvedimento cautelare, ma anche per tutta la durata della relativa applicazione. Adeguatezza e proporzionalità devono quindi assistere la misura – "quella" specifica misura – non soltanto nella fase genetica, ma per l'intero arco della sua "vita" nel processo, giacché, ove così non

fosse, si assisterebbe ad una compressione della libertà personale qualitativamente o quantitativamente inadeguata alla funzione che essa deve soddisfare:

con evidente compromissione del quadro costituzionale di cui si è innanzi detto.

Ciò basta, dunque, a sgombrare subito il campo da quell'orientamento minoritario, secondo il quale la valutazione sulla proporzionalità della custodia cautelare alla pena irrogata o irrogabile andrebbe operata esclusivamente nel momento applicativo della misura e non anche successivamente, nel corso della sua esecuzione, escludendosi, dunque, che la misura stessa possa essere revocata quando sia trascorso un termine ritenuto congruo dal giudice (Sez. 6, n. 33859 del 10/7/2008, dep. 25/8/2008, Hicham; nonché, pur se in modo del tutto incidentale, Sez. 3, n. 38748 dell'11/7/2003, dep. 14/10/2003, Nako).

È ben vero che a favore di tale soluzione, per così dire drastica, è stato evocato, quale argomento testuale indubbiamente suggestivo, il disposto dell'art. 299, comma 2, c.p.p., ove è stabilito che, nella ipotesi in cui venga meno il requisito della proporzionalità tra la misura cautelare e l'entità del fatto o della sanzione che si ritiene possa essere irrogata, il giudice è facoltizzato ad operare la sostituzione *in mitius* della misura, mentre non è testualmente prevista la possibilità della relativa revoca. Ma si tratta di argomento sistematicamente flebile, sia perché contrastato dal tenore della direttiva 59 della legge-delega (al cui espresso tenore deve, come è noto, conformarsi la lettura della disposizione delegata, altrimenti *contra constitutionem*) secondo la quale si sancisce la "previsione della sostituzione o della revoca della misura della custodia cautelare in carcere, qualora l'ulteriore protrarsi di questa risulti non proporzionata alla entità del fatto ed alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata"; sia perché in contrasto con la logica del "minor sacrificio possibile" per la libertà personale, che informa, come si è accennato, non soltanto la "statica" del sistema cautelare, ma anche la relativa "dinamica"; sia, infine, perché in antitesi con la stessa tradizione del principio che viene qui in discorso. Sull'onda, infatti, di una importante Raccomandazione (R/80-11) adottata il 27 giugno 1980 dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa in tema di *détention provisoire*, nella quale fu espressamente stabilito che la carcerazione preventiva non potesse essere disposta se la privazione della libertà fosse risultata sproporzionata in rapporto alla natura del reato contestato ed alla pena prevista per tale reato, il legislatore riformulò l'art. 277-bis del codice abrogato con l'art. 9 della legge n. 398 del 1984, attraverso una previsione che, nella prospettiva di mitigare i casi di cattura obbligatoria e di divieto di libertà provvisoria, introduceva il principio per il quale il giudice potesse astenersi dall'emettere il provvedimento coercitivo e concedere la libertà provvisoria allorché la ulteriore custodia in carcere fosse risultata "non proporzionata all'entità del fatto e all'entità della sanzione che si rit(eneva) po(tesse) essere irrogata con la sentenza di condanna, considerata la custodia già sofferta». La proporzionalità, dunque, come canone di commisurazione della "ragionevolezza" della compressione della libertà personale, non soltanto al momento della scelta "se"emettere una misura cautelare e "quale" misura concretamente prescegliere, ma anche nel corso della relativa applicazione, in rapporto alla durata della privazione della libertà già subita, ancora una volta da orientare non soltanto sul quomodo, ma anche sull'an della coercizione.

Risulterebbe, quindi, palesemente regressivo rispetto alla stessa storia dell'istituto della proporzionalità un sistema che, in presenza di una misura divenuta appunto "sproporzionata", consentisse al giudice soltanto di affievolirne l'incidenza sulla libertà (sostituendola con altra meno grave o disponendone l'applicazione con modalità meno gravose), ma non di rimuoverla in toto. D'altra parte, se è indubitabile che, ove nel corso del procedimento muti in senso sfavorevole all'imputato il giudizio prognostico circa il quantum di pena irrogabile in caso di condanna, sia senz'altro consentita l'applicazione ex novo di una misura cautelare, non v'è ragione alcuna per ritenere preclusa l'ipotesi reciproca, ammettendo, dunque, la revocabilità di qualsiasi misura, ove lo scrutinio del caso conduca a ritenere funzionalmente superfluo il perdurare della cautela, in rapporto al "tipo" di condanna che si prevede verrà pronunciata.

5. Adeguatezza e proporzionalità, peraltro, non sono parametri autodefiniti ed indipendenti, giacché, entrambi, si riflettono – proprio perché iscritti nel panorama delle scelte circa l'an ed il quomodo della cautela – sulla esistenza e sulla qualità delle specifiche esigenze che possono ravvisarsi tanto all'esordio che nel divenire della vicenda cautelare. È ben vero che l'origine storica del principio di proporzionalità – di cui si è già fatto cenno – tradisce il suo intimo raccordo con l'istituto della "carcerazione preventiva" e con la finalità di impedire che la custodia ante iudicium possa comunque rivelarsi inutiliter data, alla luce della non eseguibilità della condanna, o quando risulti aver integralmente consumato la quantità di pena irrogabile o irrogata. Ed è altrettanto vero, come è stato osservato, che la funzione del principio risulti nel nuovo codice non poco sminuita, alla stregua della corposa gamma di presidi che mirano, appunto, ad impedire una "sproporzionata" applicazione o mantenimento della misura in rapporto alla condanna che si prevede possa essere inflitta, quali quelli delineati dagli artt. 273, comma 2, 275, comma 2-bis, 280, comma 2, 299, comma 2, e 300 c.p.p. Ma tutto ciò non toglie che i criteri di commisurazione delle misure cautelari tracciati dall'art. 275, comma 2, c.p.p., non possono far perdere di vista quella che è l'essenza cautelare delle misure e che ne giustifica l'applicabilità al lume dei già ricordati principi costituzionali: vale a dire l'inderogabile necessità

che ogni misura – per non essere indebita anticipazione di pena – soddisfi funzionalmente una delle esigenze tassativamente previste dall'art. 274 c.p.p.

In tale cornice, quindi, adeguatezza e proporzionalità rappresentano paradigmi di apprezzamento che si chiariscono solo nel quadro delle specifiche esigenze cautelari ravvisabili nel caso concreto e nel momento in cui lo scrutinio di adeguatezza e proporzionalità viene ad essere compiuto. Ove si postulasse, infatti, come il Tribunale a quo mostra di ritenere, che l'ipotetico raggiungimento del limite della proporzionalità sconti ex se l'automatica (e perciò stesso inammissibile, per quel che si è detto) dissoluzione delle esigenze cautelari che potessero comunque residuare, ne deriverebbe che l'altrettanto automatico venir meno della cautela, risulterebbe del tutto privo di "causa normativa", posto che – nel quadro del sistema, come positivamente delineato – il permanere intonso delle condizioni di applicabilità della misura (ivi compresi, evidentemente, i relativi limiti di durata) non soltanto legittima, ma impone il relativo mantenimento.

D'altra parte, che il canone della proporzionalità non possa essere semplicisticamente risolto sulla base di una supposta, quanto arbitraria, verifica di tipo aritmetico tra la durata della misura e l'entità della pena che in via di prognosi potrà essere applicata all'esito del giudizio, è dimostrato dalla circostanza che il legislatore colloca – in termini perfettamente simmetrici ed equivalenti ai fini del relativo scrutinio – accanto alla "entità della sanzione", anche la "entità del fatto": a sottolineare, quindi, come sia imposta una verifica non soltanto quantitativa ma anche qualitativa del fatto e, dunque, delle esigenze che la relativa gravità può continuare a far emergere.

6. Per altro verso, a svelare l'erroneità dell'approdo ermeneutico cui perviene il Tribunale di Bologna, sta la scelta di "commisurazione" del principio di proporzionalità, la quale, anziché essere raccordata al giudizio "triadico" che faccia leva sul tipo della misura applicata, sulla relativa durata in rapporto alla pena irrogata ed alla gravità del fatto, e sulle esigenze che – alla luce del bilanciato apprezzamento dei diversi parametri coinvolti – appaiono concretamente residuare nel caso di specie, finisce per evocare, eccentricamente, il criterio dei due terzi del massimo della pena temporanea prevista per il reato contestato o ritenuto in sentenza, di cui al comma 6 dell'art. 304 c.p.p. La proporzionalità, come parametro di apprezzamento, è, infatti, principio tendenziale, che non sopporta automatismi aritmetici, sia perché, ove così fosse, sarebbe chiamato ad operare soltanto in chiave di durata della misura (surrogando, contra ius, la disciplina dei termini di cui agli artt. 303 e 304 c.p.p.) e non anche in fase di prima applicazione, sia perché, concettualmente, il sindacato sulla "proporzione" non può non refluire sulle esigenze cautelari e viceversa. Se, per disposto costituzionale, al legislatore è fatto obbligo di prevedere dei termini di durata massima dei provvedimenti che limitano la libertà personale, è del tutto evidente che ove si ravvisino (in ipotesi anche al massimo grado) le condizioni e le esigenze che impongono il permanere della misura cautelare, risulterebbe addirittura contraddittorio rispetto alla garanzia costituzionale circa i limiti massimi di durata, un sistema che consentisse provvedimenti liberatori automatici anticipati (e senza "causa" cautelare) rispetto al relativo spirare.

Sotto altro profilo, non è neppure senza significato la circostanza che la Corte costituzionale, nel dichiarare la manifesta infondatezza di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 304, comma 6, c.p.p., sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 13 Cost., nella parte in cui tale norma non prevede che la durata massima della custodia cautelare non possa comunque superare i due terzi della pena concretamente irrogata, allorché questa risulti non modificabile in peius, ha osservato come, nella specie, la richiesta del giudice a quo fosse orientata ad ottenere una sentenza manipolativa che avrebbe mutato "completamente il significato del limite finale dei due terzi della pena, trasformandolo in un correttivo verso il basso dei termini di fase complessivi, svincolato da ogni evento "anomalo" di "sfondamento", e tale da comportare, in concreto, un drastico abbattimento dei termini stessi» (v. la ordinanza n. 397 del 2000, citata anche dal ricorrente). Il che sta evidentemente a dimostrare come un analogo risultato non possa certamente essere raggiunto semplicemente attraverso una opzione di tipo interpretativo, come al contrario mostra di reputare il Tribunale di Bologna.

7. Tutto ciò non toglie, peraltro, che l'intero sviluppo della vicenda cautelare debba essere sottoposto a costante ed attenta verifica circa la effettiva rispondenza dei tempi e dei modi di limitazione della libertà personale al quadro delle specifiche esigenze, dinamicamente apprezzabili, proprio alla stregua dei criteri di adeguatezza e proporzionalità, posto che, se, da un lato, l'approssimarsi di un limite temporale di applicazione della misura custodiale a quello della pena espianda non può risolversi nella automatica perenzione della misura stessa, è peraltro elemento da apprezzare con ogni cautela, proprio sul versante della quantità e qualità delle esigenze che residuano nel caso di specie e sulla correlativa adeguatezza della misura in corso di applicazione.

Può, dunque, conclusivamente affermarsi che il principio di proporzionalità, al pari di quello di adeguatezza di cui all'art. 275, comma 2, c.p.p., opera come parametro di commisurazione delle misure

cautelari alle specifiche esigenze ravvisabili nel caso concreto, tanto al momento della scelta e della adozione del provvedimento coercitivo, che per tutta la durata dello stesso, imponendo una costante verifica della perdurante idoneità di quella specifica misura a fronteggiare le esigenze che concretamente permangono o residuino, secondo il principio della minor compressione possibile della libertà personale.

8. Considerato, dunque, che, nel caso in esame, il Tribunale di Bologna ha completamente trascurato di valutare se nella specie ricorrano o meno esigenze cautelari, il provvedimento impugnato deve essere annullato con rinvio per nuovo esame sul punto”.

ATTIVITÀ MEDICO CHIRURGICA E MANCANZA DI CONSENSO INFORMATO DEL PAZIENTE

SOMMARIO: 1. La sentenza Cass., Sez. V, 2.04.1992, Massimo. - 2. I successivi orientamenti contrari. - 3. L'intervento delle S.U., 18.12.2008, Giulini. - 4. La giurisprudenza successiva all'intervento delle Sezioni unite.

L'analisi della giurisprudenza del S.C. in tema di responsabilità penale del medico nel caso di intervento chirurgico in assenza di consenso informato del paziente (al di fuori del caso di stato di necessità e di dissenso esplicito) ha formato oggetto di numerose sentenze, che evidenziano non solo un'evoluzione nelle soluzioni ermeneutiche adottate, ma anche la difficoltà di individuare un principio che assuma il valore di precedente.

1. La sentenza Cass., Sez. V, 2.04.1992, Massimo.

Imprescindibile punto di partenza in questa materia è la notissima sentenza Massimo, che prospetta la responsabilità del chirurgo per omicidio preterintenzionale qualora dall'intervento eseguito in assenza di consenso informati sia derivata la morte del paziente.

Cass., Sez. V, 21.4.1992 (13.5.1992), n. 5639/1992, Massimo, Rv 190113: Il chirurgo che, in assenza di necessità ed urgenza terapeutiche, sottopone il paziente ad un intervento operatorio di più grave entità rispetto a quello meno cruento e comunque di più lieve entità del quale lo abbia informato preventivamente e che solo sia stato da quegli consentito, commette il reato di lesioni volontarie, irrilevante essendo sotto il profilo psichico la finalità pur sempre curativa della sua condotta, sicché egli risponde del reato di omicidio preterintenzionale se da quelle lesioni derivi la morte. (Nella fattispecie la parte offesa era stata sottoposta ad intervento chirurgico di amputazione totale addominoperineale di retto, anziché a quello preventivo di asportazione transanale di un adenoma villosa benigno in completa assenza di necessità ed urgenza terapeutiche che giustificassero un tale tipo di intervento e soprattutto senza preventivamente notificare la paziente o i suoi familiari che non erano stati interpellati in proposito né minimamente informati dell'entità e dei concreti rischi del più grave atto operatorio eseguito, sul quale non vi era stata espressa alcuna forma di consenso).

2. I successivi orientamenti contrari.

Dopo la sentenza Massimo si sono verificati contrasti nella giurisprudenza, sia in ordine al ruolo del consenso informato del paziente nella valutazione di liceità dell'attività medico chirurgica, sia in ordine all'incidenza della mancanza del consenso sulla qualificazione giuridica del fatto.

E' emersa in particolare l'importanza della distinzione tra intervento con esito fausto ed intervento con esito infausto.

Cass., Sez. IV, 09/03/2001 (12/07/2001), n. 28132, Barese, Rv. 222579: In tema di trattamento medico-chirurgico, qualora, in assenza di urgente necessità, venga eseguita un'operazione chirurgica demolitiva, senza il consenso del paziente, prestato per un intervento di dimensioni più ridotte rispetto a quello poi eseguito, che ne abbia determinato la morte, non è configurabile il reato di omicidio preterintenzionale, poiché, per integrare quest'ultimo, si richiede che l'agente realizzi consapevolmente ed intenzionalmente una condotta diretta a provocare un'alterazione lesiva dell'integrità fisica della persona offesa. (Nella specie la Corte ha ritenuto che fosse correttamente configurabile il reato di omicidio colposo a carico del medico chirurgo che aveva eseguito, in assenza di ragioni di urgenza, l'asportazione di una massa tumorale e degli organi genitali pur in presenza del consenso espresso soltanto per l'asportazione di una cisti ovarica).

Cass., Sez. I, 29.5.2002 (11.7.2002), n. 26446/2002, Volterrani, Rv 222581: 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, rientrino nella previsione di cui all'art. 582 c.p.

Cass., Sez. VI, 14.2.2006 (4.4.2006), n. 11640/2006, Caneschi, Rv 233851: In tema di lesioni colpose, il consenso del paziente ad un trattamento medico - che non si identifica con quello di cui all'art. 50 c.p., ma che costituisce un presupposto per la validità e liceità dell'attività medica - perde di efficacia, ancorché consapevolmente prestato in ordine alle conseguenze lesive all'integrità personale, se queste si risolvano in una menomazione permanente che incide negativamente sul valore sociale della persona umana. (Nella specie, è stato ravvisato il reato di lesioni personali colpose in relazione ad un intervento odontoiatrico che aveva determinato nel paziente l'indebolimento permanente della funzione masticatoria).

Cass., Sez. IV, 16/01/2008 (14/03/2008), n. 11335, Huscher, Rv. 238967: In tema di trattamento medico-chirurgico, qualora, in mancanza di un valido consenso informato ovvero in presenza di un consenso prestato per un trattamento diverso, il chirurgo esegua un intervento da cui derivi la morte del paziente, non è configurabile il reato di omicidio preterintenzionale, poiché la finalità curativa comunque perseguita dal medico deve ritenersi concettualmente incompatibile con la consapevole intenzione di provocare un'alterazione lesiva dell'integrità fisica della persona offesa invece necessaria per l'integrazione degli atti diretti a commettere il reato di lesioni richiesti dall'art. 584 c.p.

Rv. 238968: Il consenso espresso da parte del paziente a seguito di una informazione completa sugli effetti e le possibili controindicazioni di un intervento chirurgico, 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.

Cass., Sez. IV, 24.6.2008 (30.9.2008), n. 37077, Ruocco, Rv 240963: L'obbligo d'acquisizione del consenso informato del paziente alla somministrazione del trattamento sanitario non costituisce una regola cautelare e dunque la sua inosservanza da parte del medico non può costituire, nel caso lo stesso trattamento abbia causato delle lesioni, un elemento per affermare la responsabilità a titolo di colpa di quest'ultimo, a meno che la mancata sollecitazione del consenso gli abbia impedito di acquisire la necessaria conoscenza delle condizioni del paziente medesimo.

3. L'intervento delle S.U. 18.12.2008 Giulini.

Le S.U. sono intervenute sul problema in esame con specifico riferimento ad un caso di intervento chirurgo effettuato in assenza del consenso del paziente, ma eseguito nel rispetto delle leges artis e con esito fausto.

Cass., S.U., 18/12/2008 (21/01/2009), n. 2437, Giulini, Rv. 241752: Non integra il reato di lesione personale, né quello di violenza privata la condotta del medico che sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, nel caso in cui l'intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle "leges artis", si sia concluso con esito fausto, essendo da esso derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute del paziente, in riferimento anche alle eventuali alternative ipotizzabili e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte dello stesso.

dalla motivazione:

2. – Di diverso spessore sono, invece, le questioni che coinvolge il ricorso dell'imputato.

L'enunciazione plurima e alternativa del quesito, sul quale queste Sezioni unite sono state chiamate a pronunciarsi, evoca, infatti, già di per sé, pur nel circoscritto ambito della peculiare fattispecie che ha contrassegnato l'iter del procedimento, la varietà dei piani su cui occorre soffermarsi ed il delicato concatenarsi delle problematiche coinvolte.

La questione da esaminare riguarda il quesito se abbia o meno rilevanza penale, sotto il profilo delle fattispecie di lesioni personali o di violenza privata, la condotta del medico che sottoponga il paziente, in mancanza di valido consenso informato, ad un trattamento chirurgico, pure eseguito nel rispetto dei protocolli e delle leges artis e conclusosi con esito fausto.

Si tratta di problematica antica, mai univocamente risolta, anche perché coinvolgente una gamma di questioni ad essa intimamente correlate, quali: il fondamento giuridico e di legittimazione della attività medico-chirurgica; il concetto di malattia che in relazione ad essa deve venire in rilievo; il valore che, nel sistema, occorre riconoscere al consenso informato del paziente, alla luce dei principi che, fra le altre, le fonti di rango costituzionale, legislativo e deontologico dettano al riguardo, prendendo in considerazione il bene della salute come diritto della persona.

D'altra parte, le disposizioni dettate dal codice penale del 1930, anche a voler prescindere dai limiti insiti in un sistema punitivo precostituzionale, contrassegnato dalla peculiare visione derivante dall'assetto politico-istituzionale dell'epoca, si rivelano palesemente incongrue al fine di individuare

equilibrate soluzioni atte a fornire risposta a tutte le esigenze di tutela che le varie ipotesi di fatto possono presentare. Non senza sottolineare, per altro verso, come il presidio penale non possa che profilarsi, nella platea dei possibili rimedi astrattamente ipotizzabili, quale *extrema ratio*, a fronte, ad esempio, di eventuali meccanismi sanzionatori alternativi, operanti sul terreno civilistico-risarcitorio o anche amministrativo-disciplinare.

Ciò spiega, da un lato, l'ampio ventaglio di tesi dottrinarie e giurisprudenziali che si sono misurate sui vari aspetti della responsabilità del medico e sulla tematica del consenso informato: talora – è necessario riconoscerlo – con evidenti torsioni ermeneutiche, spintesi ai limiti estremi della compatibilità con il principio di tassatività che deve presiedere alla “costruzione” ed alla configurazione delle fattispecie penali; e, dall'altro lato, si chiarisce la *ratio* di fondo che ha sostenuto i tentativi – condotti anch'essi da giurisprudenza e dottrina – volti ad evitare, per un verso, eccessi di “penalizzazione” o di “burocratizzazione” della attività medica, ma al tempo stesso attenti a ricercare soluzioni ermeneutiche che si presentassero in linea con la (in sé condivisibile) *intentio* di non lasciare senza effettiva tutela condotte riguardabili come “dannose” da chi è stato sottoposto al trattamento sanitario: e ciò non necessariamente in ragione soltanto dell'esito infausto dello stesso.

Soffermarsi, dunque, sulle più significative sentenze di questa Corte, per analizzarne le varie *rationes* e gli approdi cui le stesse sono pervenute a proposito dei numerosi “nodi” che la questione sottoposta a queste Sezioni unite coinvolge, rappresenta la ineludibile premessa, per focalizzare i temi sui quali è indispensabile fornire univoca risposta.

3. – La prima sentenza che si è soffermata *ex professo* sul tema del trattamento medico-chirurgico e del consenso informato del paziente, è stata la nota **sentenza Massimo** (Cass., Sez. V, 21 aprile 1992, n. 5639, Massimo), oggetto di diffusi rilievi, prevalentemente critici, svolti da larga parte della dottrina. Tale sentenza ha in particolare affermato il principio per il quale il chirurgo che, in assenza di necessità ed urgenza terapeutiche, sottopone il paziente ad un intervento operatorio di più grave entità rispetto a quello meno cruento e comunque di più lieve entità del quale lo abbia informato preventivamente e che solo sia stato da quegli consentito, commette il reato di lesioni volontarie, irrilevante essendo sotto il profilo psichico la finalità pur sempre curativa della sua condotta; sicché egli risponde del reato di omicidio preterintenzionale se da quelle lesioni derivi la morte.

Aderendo, dunque, alla tesi secondo la quale soltanto il consenso, quale manifestazione di volontà di disporre del proprio corpo, può escludere in concreto la anti giuridicità del fatto e rendere questo legittimo. Da un lato, infatti, occorre assegnare il dovuto risalto alla circostanza che l'art. 39 del codice di deontologia medica allora vigente stabiliva che il consenso del paziente deve obbligatoriamente essere richiesto per ogni atto medico; dall'altro, doveva pure rammentarsi che, in tema di trattamento medico chirurgico, l'anti giuridicità della lesione provocata, poteva, indipendentemente dal consenso, essere esclusa soltanto dalla presenza di cause di giustificazione; negandosi al tempo stesso validità alla tesi secondo la quale quella attività rinverrebbe copertura in cause di giustificazione non codificate, riferite alla finalità, pur sempre terapeutica, perseguita dal chirurgo. Sottolineava la richiamata sentenza che «*se il trattamento, eseguito a scopo non illecito, abbia esito sfavorevole, si deve, pur sempre, distinguere l'ipotesi in cui esso sia consentito dall'ipotesi in cui il consenso invece non sia prestato. E si deve ritenere che se il trattamento non consentito ha uno scopo terapeutico, e l'esito sia favorevole, il reato di lesioni sussiste, non potendosi ignorare il diritto di ognuno di privilegiare il proprio stato attuale (art. 32, comma 2, Cost.), e che, a fortiori, il reato sussiste ove l'esito sia sfavorevole*». Nel contrastare, poi, la tesi sostenuta dal ricorrente, secondo la quale l'oggetto di tutela dell'art. 50 c.p. sarebbe limitato alla libertà di autodeterminazione, con conseguente possibilità di ritenere configurabile, in relazione al trattamento medico eseguito senza il consenso, il reato di cui all'art. 610 c.p., la medesima sentenza ha precisato che «*la formulazione di ordine generale del principio sancito dalla norma, non autorizza l'esclusione della protezione del diritto alla integrità fisica (tra molti altri) e, semmai, soltanto il trattamento medico senza il consenso che pur sempre non cagioni lesioni potrebbe far ipotizzare fatti di violenza privata*».

A conclusioni diverse perviene la successiva **sentenza Barese** (Cass., Sez. IV, 9 marzo 2001, n. 28132), ove si è affermato che, in tema di trattamento medico-chirurgico, qualora, in assenza di urgente necessità, venga eseguita una operazione chirurgica demolitiva, senza il consenso del paziente, prestato per un intervento di dimensioni più ridotte rispetto a quello poi eseguito, che ne abbia determinato la morte, non è configurabile il reato di omicidio preterintenzionale, poiché, per integrare quest'ultimo, si richiede che l'agente realizzi consapevolmente ed intenzionalmente una condotta diretta a provocare una alterazione lesiva dell'integrità fisica della persona offesa. La disamina si concentra, dunque, essenzialmente sull'elemento soggettivo, giacché «*se è vero che la connotazione finalistica della condotta (la finalità terapeutica) è irrilevante –non essendo richiesto il dolo specifico per i reati di lesioni volontarie e percosse– è altrettanto vero che la formulazione dell'art. 584 c.p. (“atti diretti a”) fa propendere per la tesi, non da tutti condivisa, che l'elemento soggettivo richiesto per l'omicidio preterintenzionale, quanto all'evento voluto, sia costituito dal dolo diretto o intenzionale con esclusione quindi del dolo eventuale*».

D'altra parte –ha puntualizzato ancora la pronuncia in esame– se è vero che l'*intentio* del medico mal si concilia con l'atteggiamento di chi persegue sin dall'inizio una volontà lesiva, neppure sarebbe lecito affermare che il fine terapeutico escluda siffatta volontà, giacché, in tale ipotesi, si presupporrebbe l'esistenza di un dolo specifico, al contrario non richiesto dalla norma. Al tempo stesso, soggiunge la sentenza, «*affermare l'intenzionalità della condotta, ogni volta che non vi sia il consenso del paziente, significa, in realtà, confondere il problema della natura del dolo richiesto per la fattispecie criminosa in esame con l'esistenza della scriminante costituita dal consenso dell'avente diritto*». Quanto, poi, all'elemento psicologico del reato di lesioni volontarie, la sentenza afferma che «*si avrà l'elemento soggettivo del delitto di lesioni volontarie, in tutti i casi in cui il chirurgo, o il medico, pur animato da intenzioni terapeutiche, agisca essendo conscio che il suo intervento produrrà una non necessaria menomazione dell'integrità fisica o psichica del paziente. E poiché –afferma la richiamata pronuncia– l'omicidio preterintenzionale si configura anche se la condotta è diretta a commettere il delitto di percosse, non può escludersi, in astratto, anche se appare difficile immaginare il concreto verificarsi di queste ipotesi, che l'evento morte non voluto sia conseguente ad una condotta diretta, non a provocare una malattia nel corpo o nella mente, ma ad una condotta qualificabile come percossa*».

Alla luce di tale ricostruzione, il consenso del paziente verrebbe ad essere ricondotto nel novero delle scriminanti, che, ad avviso della dottrina prevalente, escludono la anti giuridicità della condotta; sicché, sarebbe lecito l'assunto secondo il quale il consenso stesso «*per un verso precluda la possibilità di configurare il delitto di lesioni volontarie, ma solo nel caso di consenso validamente espresso nei limiti dell'art. 5 cod. civ., per l'efficacia scriminante attribuita dall'art. 50 c.p. al consenso della persona che può validamente disporre del diritto; per altro verso, che, in presenza di ragioni di urgenza terapeutica, o nelle ipotesi previste dalla legge, il consenso non sia necessario*». A sua volta, e sempre che non ricorrano le condizioni per ritenere sussistente lo stato di necessità –che varrebbe ad escludere, anche nella ipotesi di dissenso espresso il dolo diretto di lesioni, posto che il medico, nell'intervenire malgrado il dissenso del paziente, mira comunque a salvaguardarne la vita e la salute poste in pericolo– «*l'esplicito dissenso del paziente rende l'atto, asseritamente terapeutico, un'indebita violazione non solo della libertà di autodeterminazione del paziente ma anche della sua integrità, con conseguente applicazione delle ordinarie regole penali*».

Puntualizza ancora la stessa sentenza, la circostanza che la condotta del medico sia orientata a tutelare la salute del paziente e non a cagionare menomazioni della sua integrità, fisica o psichica, permette di «*escludere l'intenzionalità della condotta nei casi, non infrequenti, nei quali il medico, nel corso dell'intervento chirurgico, rilevi la presenza di una situazione che, pur non essendo connotata da aspetti di urgenza terapeutica, potendo essere affrontata in tempi diversi, venga invece affrontata immediatamente senza il consenso del paziente; per es. per evitargli un altro intervento e altri successivi disagi o anche soltanto per prevenire pericoli futuri*». In tale ultima ipotesi –che assume uno specifico interesse ai fini dell'odierno scrutinio– la medesima sentenza ritiene non configurabile il reato di cui

all'art. 610 c.p., giacché una simile costruzione rinverrebbe un «ostacolo difficilmente superabile nella previsione della necessità che la condotta dell'agente consista in violenza o minaccia. Quest'ultima sembra proprio da escludere, mentre la violenza potrebbe forse ipotizzarsi nei soli casi di dissenso espresso del paziente al trattamento chirurgico».

L'asse delle riflessioni sembra in parte mutare nella **sentenza Sez. IV, 27 marzo 2001, n. 36519, Cicarelli**, anche se la portata delle affermazioni che vi compaiono risulta fortemente condizionata dalle peculiarità del caso di specie, nel quale ad un sanitario si addebitava, fra l'altro, di aver praticato un tipo di anestesia diverso da quello preferibile secondo la *lex artis*, ma per il quale il paziente aveva revocato il proprio consenso. In particolare, si evidenzia come la liceità della condotta del medico, che si caratterizza per le finalità terapeutiche che ne contraddistinguono l'agere, non possa trovare «significanza solo nel consenso entro ovvero oltre la categoria di cui all'art. 50 c.p., ma in coerenza con il principio da esso enunciato». Dunque, «l'agire del chirurgo sulla persona del paziente contro la volontà di costui, salvo l'imminente pericolo di morte o di danno sicuramente irreparabile ad esso vicino, non altrimenti superabile, esita in una condotta illecita capace di configurare più fattispecie di reato, quali violenza privata (art. 610 c.p., la violenza essendo insita nella violazione della contraria volontà), lesione personale dolosa (art. 582 c.p.) e, nel caso di morte, omicidio preterintenzionale (art. 584 c.p.)». Ciò che rileva è la violazione del divieto di manomissione del corpo dell'uomo e, quindi, «la violazione consapevole del diritto della persona a preservare la sua integrità fisica nell'attualità –come è ora, a nulla valendo, in simile situazione, il rilievo che questa possa essere, eventualmente, migliorata– e il rispetto della sua determinazione a riguardo del suo corpo», in aderenza al principio personalista della nostra Costituzione, nella specie contrassegnato dagli artt. 2 e 32, secondo comma. Donde l'assunto per il quale «il medico chirurgo non può manomettere l'integrità fisica del paziente, salvo pericolo di vita o di altro danno irreparabile altrimenti non ovviabile, quando questi abbia espresso dissenso».

Nella **sentenza Sez. IV, 11 luglio 2001, n. 35822, Firenzani**, trova eco, in campo penale, la tesi – già da tempo affermata nella giurisprudenza civile– secondo la quale l'attività medica rinverrebbe la propria autolegittimazione dagli **artt. 13 e 32 della Costituzione**, giacché «sarebbe riduttivo [...] fondare la legittimazione della attività medica sul consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.) che incontrerebbe spesso l'ostacolo di cui all'art. 5 c.c., risultando la stessa di per sé legittima, ai fini della tutela di un bene, costituzionalmente garantito, quale il bene della salute, cui il medico è abilitato dallo Stato»; ferma restando la necessità del consenso debitamente informato del paziente, anch'esso costituzionalmente presidiato (cfr, fra le tante, Cass., Sez. III civ., 25 novembre 1994, n. 10014; Sez. III civ., 15 gennaio 1997, n. 364, nonché , più di recente, Sez. I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748; Sez. III civ., 28 novembre 2007, n. 24742; Sez. III civ., 15 settembre 2008, n. 23676). Nell'affermare gli identici principi, la sentenza Firenzani sottolinea che la «legittimità in sé dell'attività medica richiede per la sua validità e la sua concreta liceità, in principio, la manifestazione del consenso del paziente, il quale costituisce presupposto di liceità del trattamento medico-chirurgico», afferendo, esso, alla libertà morale del soggetto e dalla sua autodeterminazione, nonché alla sua libertà fisica, intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporea: tutti profili riconducibili al concetto di libertà della persona, tutelato dall'art. 13 Cost.. Non sarebbe dunque configurabile, in capo al medico, un “diritto di curare” come espressione di una posizione soggettiva qualificata, derivante dalla abilitazione all'esercizio della professione, giacché essa, per potersi estrinsecare, comporta di regola il consenso della persona che deve sottoporsi al trattamento sanitario, salvo i casi di trattamento obbligatorio *ex lege*, o le ipotesi di incapacità a prestare il consenso o di stato di necessità. Pertanto «la mancanza del consenso (opportuno informato) del malato o la sua invalidità per altre ragioni, determina l'arbitrarietà del trattamento medico-chirurgico e la sua rilevanza penale, in quanto posto in violazione della sfera personale del soggetto e del suo diritto di decidere se permettere interventi estranei sul proprio corpo».

Quanto, poi, alle ipotesi delittuose di carattere doloso astrattamente configurabili, le stesse potranno rinvenirsi negli artt. 610, 613 e 605 c.p., nel caso di trattamento terapeutico non chirurgico; nel caso, invece, di intervento chirurgico, il reato ipotizzabile è quello previsto dall'art. 582 c.p., perché

«qualsiasi intervento chirurgico, anche se eseguito a scopo di cura e con esito “fausto”, implica necessariamente il compimento di atti che nella loro materialità estrinsecano l’elemento oggettivo di detto reato, ledendo l’integrità corporea del soggetto», avuto riguardo al diritto di ciascuno di privilegiare il proprio stato attuale. «Il criterio di imputazione dovrà essere, invece, di carattere colposo –conclude la sentenza– qualora il sanitario, in assenza di valido consenso dell’ammalato, abbia effettuato l’intervento terapeutico nella convinzione, per negligenza o imprudenza a lui imputabile, della esistenza del consenso».

La medesima linea prosegue, con ulteriori apporti argomentativi, anche nella **sentenza della Sez. I, 29 maggio 2002, n. 26446, P.G. in proc. Volterrani**, nella quale si afferma il principio secondo il quale 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’espreso, 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 –ha puntualizzato la sentenza– 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 c.p.. Infatti, l’attività strumentale posta in essere dal chirurgo –quale l’incisione della cute– è priva di una propria autonomia funzionale, rappresentando null’altro che *«un passaggio obbligato verso il raggiungimento dell’obiettivo principale dell’intervento, quello di liberare il paziente dal male che lo affligge»*. Tale attività si inserirebbe dunque *«a pieno titolo, nell’esercizio dell’azione terapeutica in senso lato, che corrisponde all’alto interesse sociale di cui si è detto, interesse che lo Stato tutela in quanto attuazione concreta del diritto alla salute riconosciuto a ogni individuo, per il bene di tutti, dall’art. 32 della Costituzione della Repubblica e lo fa autorizzando, disciplinando e favorendo la creazione, lo sviluppo ed il perfezionamento degli organismi, delle strutture e del personale occorrente. Per ciò stesso questa azione, ove correttamente svolta, è esente da connotazioni di anti giuridicità, anche quando abbia un esito infausto»*.

A proposito, poi, della sussistenza –nel caso di specie– della scriminante dello stato di necessità di cui all’art. 54 c.p., la stessa pronuncia rileva come nella pratica sanitaria, in genere, e di quella chirurgica, in specie, salvo le ipotesi in cui non ricorra l’intento di tutela della salute propriamente intesa, l’attività stessa sarebbe *«sempre obbligata, per non dire forzata. Il chirurgo preparato, coscienzioso, attento e rispettoso dei diritti altrui non opera per passare il tempo o sperimentare le sue capacità: lo fa perché non ha scelta, perché quello è l’unico giusto modo di salvare la vita del paziente o almeno migliorarne la qualità»*. Donde l’assunto per il quale sarebbe ravvisabile uno stato di necessità ontologicamente intrinseco alla attività terapeutica, con la conseguenza che *«quando il giudice del merito riconosca in concreto il concorso di tutti i requisiti occorrenti per ritenere l’intervento chirurgico eseguito con la completa e puntuale osservanza delle regole proprie della scienza e della tecnica medica, deve, solo per questa ragione, anche senza fare ricorso a specifiche cause di liceità codificate, escludere comunque ogni responsabilità penale dell’imputato, cui sia stato addebitato il fallimento della sua opera»*.

La giurisprudenza più recente sembra abbandonare le posizioni più estreme –fra quelle sin qui passate in rassegna– per collocarsi in linea con i principi codificati nelle massime, per così dire, intermedie. Così, nella **sentenza della Sez. VI, 14 febbraio 2006, n. 11640, Caneschi**, si ribadisce il principio secondo cui *«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»*; derivandone da ciò che la mancanza o la invalidità del consenso *«determinano la 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».

Più articolato, anche se non perviene ad approdi sostanzialmente innovativi, si presenta il percorso motivazionale che caratterizza la **sentenza della Sez. IV, 16 gennaio 2008, n. 11335, p.c. in proc. Huscer**, ove si ribadisce, in massima, che, in tema di trattamento medico-chirurgico, qualora, in mancanza di un valido consenso informato ovvero in presenza di un consenso prestato per un trattamento diverso, il chirurgo esegua un intervento da cui derivi la morte del paziente, non è configurabile il reato di omicidio preterintenzionale, poiché la finalità curativa comunque perseguita dal medico deve ritenersi concettualmente incompatibile con la consapevole intenzione di provocare un'alterazione lesiva della integrità fisica della persona offesa invece necessaria per l'integrazione degli atti diretti a commettere il reato di lesioni richiesti dall'art. 584 c.p. Dunque, il consenso espresso da parte del paziente a seguito di una informazione completa sugli effetti e le possibili controindicazioni di un intervento chirurgico, 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. Il medico, infatti, di regola e al di fuori di taluni casi eccezionali (allorché il paziente non sia in grado per le sue condizioni di prestare il proprio consenso o dissenso, ovvero, più in generale, ove sussistano le condizioni dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p.), non può intervenire senza il consenso o malgrado il dissenso del paziente. In questa prospettiva, il consenso, per legittimare il trattamento terapeutico, deve essere informato, cioè espresso a seguito di una informazione completa, da parte del medico, dei possibili effetti negativi della terapia o dell'intervento chirurgico, con le possibili controindicazioni e la puntualizzazione della gravità degli effetti del trattamento. Il consenso informato, infatti, ha come contenuto concreto la facoltà, non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche eventualmente di rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche quella terminale. Tale conclusione, fondata sul rispetto del diritto del singolo alla salute, tutelato dall'art. 32 della Costituzione (per il quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge), sta a significare che il criterio di disciplina della relazione medico-malato è quello della libera disponibilità del bene salute da parte del paziente in possesso delle capacità intellettive e volitive, secondo una totale autonomia di scelte, che può comportare il sacrificio del bene stesso della vita e che deve sempre essere rispettata dal sanitario. Peraltro da tutto ciò *«non può farsi discendere la conseguenza che dall'intervento effettuato in assenza di consenso o con un consenso prestato in modo invalido si possa sempre profilare la responsabilità a titolo di omicidio preterintenzionale, in caso di esito letale, ovvero a titolo di lesioni volontarie»*, giacché il contenuto dell'elemento soggettivo di tali reati non è di norma configurabile rispetto alla attività del medico, mentre *«il consenso eventualmente invalido perché non consapevolmente prestato non può ex se importare l'addebito a titolo di dolo»*.

Il medesimo ordine di idee è stato infine ribadito anche dalla **sentenza Sez. IV, 24 giugno 2008, n. 37077, Ruocco**, intervenuta, peraltro, su una ipotesi di prescrizione di farmaci *off label*: vale a dire, la somministrazione di medicinali per finalità terapeutiche diverse da quelle riconosciute ai farmaci stessi. In tale sentenza si è, da un lato, confermato il fondamento costituzionale del criterio di disciplina della relazione medico-malato, ed è stato, dall'altro lato, ancora una volta escluso che dalla mancanza di valido consenso possa farsi discendere la responsabilità del medico a titolo di lesioni volontarie, o, nel caso di morte, di omicidio preterintenzionale. E ciò perché il sanitario si trova ad agire con una finalità curativa *«che è concettualmente incompatibile con il dolo delle lesioni»*; salvo che si versi in situazioni anomale e distorte, *«nelle quali potrebbe ammettersi la configurabilità di tali reati: per esempio, nei casi in cui la morte consegua ad una mutilazione procurata in assenza di qualsiasi necessità o di menomazione inferta, con esito mortale, per scopi esclusivamente scientifici»*. La valutazione penalistica del comportamento del medico, che abbia cagionato un danno per il paziente, non subisce variazioni a seconda che l'attività sia stata svolta con o in assenza del consenso: *«il giudizio sulla sussistenza della colpa e quello sulla causalità tra la condotta colposa e l'evento dannoso non presenta differenze di sorta a seconda che vi sia stato o non il consenso informato del paziente»*. Da tutto ciò il corollario conclusivo, secondo il quale il consenso informato del paziente alla somministrazione del trattamento sanitario non

può costituire, ove lo stesso trattamento abbia cagionato delle lesioni, un elemento per affermare la responsabilità a titolo di colpa di quest'ultimo, a meno che la mancata sollecitazione del consenso gli abbia impedito di acquisire la necessaria conoscenza delle condizioni del paziente medesimo (sulla libertà di autodeterminazione del paziente, come limite al dovere medico di intervenire, v. Cass., Sez. IV, 4 luglio 2005, n. 38852, p.m. in proc. Del Re; Cass., Sez. IV, 23 gennaio 2008, n. 16375, p.c. in proc. Di Domenico. Per una posizione volta a privilegiare la possibilità di risolvere i casi in cui l'atto medico è affetto da vizi del consenso, facendo ricorso agli istituti della cosiddetta colpa impropria, attraverso la utilizzazione delle «*categorie dell'erronea supposizione della causa di giustificazione (art. 59, c. 4, c.p.) e dell'eccesso colposo nella causa stessa (art. 55 c.p.)*», v. Cass., Sez. V, 16 settembre 2008, n. 40252, Beretta).

4. – Dalla disamina testé compiuta emerge, dunque, come primo dato di riflessione, il sostanziale recepimento in sede penale della tesi civilistica della cosiddetta **autolegittimazione della attività medica**, la quale rinverrebbe il proprio fondamento, non tanto nella scriminante tipizzata del consenso dell'avente diritto, come definita dall'art. 50 c.p., quanto nella stessa finalità, che le è propria, di tutela della salute, come bene costituzionalmente garantito.

Al riguardo, la **giurisprudenza costituzionale** ha da tempo messo in luce la circostanza che il bene della salute è tutelato dall'art. 32, primo comma, della Costituzione, «*non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo*» (sentenza n. 356 del 1991), che impone piena ed esaustiva tutela (sentenze n. 307 e 455 del 1990), in quanto «*diritto primario e assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati*» (sentenze n. 202 del 1991, n. 559 del 1987, n. 184 del 1986, n. 88 del 1979). Il diritto ai trattamenti sanitari è dunque tutelato come diritto fondamentale nel suo «*nucleo irrinunciabile del diritto alla salute, protetta dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto*» (v., fra le altre, sentenze n. 432 del 2005, n. 233 del 2003, n.252 del 2001, n. 509 del 2000, n. 309 del 1999, n. 267 del 1998).

Anche al di fuori di tale nucleo, d'altra parte, il diritto a trattamenti sanitari «*è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato alla attuazione che il legislatore ordinario ne dà, attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento*». Ciò comporta che, al pari di ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive, il diritto a trattamenti sanitari diviene per il cittadino «*pieno e incondizionato*» nei limiti in cui lo stesso legislatore, attraverso una non irragionevole opera di bilanciamento fra i valori costituzionali e di commisurazione degli obiettivi conseguentemente determinati sulla falsariga delle risorse esistenti, predisponga adeguate possibilità di fruizione delle prestazioni sanitarie (cfr., *ex plurimis*, sentenza n. 432 del 2005, n. 304 e 218 del 1994, n. 247 del 1992, n. 455 del 1990).

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

In tale quadro di riferimento, dunque, sarebbe davvero **eccentrico** continuare a rinvenire nella sola scriminante del consenso dell'avente diritto, di cui all'**art. 50 c.p.**, 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, il cui archetipo e la cui *ratio* di norma precostituzionale, si saldavano all'esigenza di circoscrivere il diritto dell'individuo di poter fare illimitato “*mercimonio*” del proprio corpo.

E' infatti significativa, a tal proposito, la circostanza che la **Corte costituzionale**, nella **sentenza n. 471 del 1990**, nella quale ebbe a dichiarare la illegittimità costituzionale dell'art. 696, primo comma, c.p.c., nella parte in cui non consentiva di disporre accertamento tecnico o ispezione giudiziale sulla persona dell'istante, ebbe a fornire una ricostruzione del valore costituzionale dell'inviolabilità della persona come "*libertà*", nella quale è postulata e attratta la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo. Il che ha consentito alla dottrina di desumere che l'entrata in vigore della Carta costituzionale avrebbe prodotto "*modifiche tacite*" all'art. 5 cod. civ., in particolare attraverso la sostituzione del concetto statico di integrità fisica, con quello dinamico di salute, di cui all'art. 32 Cost., riconducendo, poi, il concetto ed il limite dell'ordine pubblico ai principi generali dell'ordinamento, come tali non superabili dal singolo, così come enucleati dalla stessa Carta fondamentale.

Con l'entrata in vigore della Costituzione, pertanto, e con l'affermarsi del principio personalista ivi enunciato, la *quaestio* relativa alla portata dell'art. 5 del codice civile non andrebbe più impostata in termini di "*potere*" di disporre, ma di "*libertà*" di disporre del proprio corpo, stante il valore unitario e inscindibile della persona come tale; e, quindi, in termini di libertà di decidere e di autodeterminarsi in ordine a comportamenti che in vario modo coinvolgono e interessano il proprio corpo.

L'attività sanitaria, pertanto, proprio perché destinata a realizzare in concreto il diritto fondamentale di ciascuno alla salute, ed attuare –in tal modo– la prescrizione, non meramente enunciativa, dettata dall'art. 2 della Carta, ha base di **legittimazione** (fino a potersene evocare il carattere di attività, la cui previsione legislativa, deve intendersi come "*costituzionalmente imposta*"), direttamente nelle norme costituzionali, che, appunto, traggono il bene della **salute** come **diritto fondamentale dell'individuo**.

D'altra parte, non è senza significato la circostanza che l'art. 359 c.p. 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'antigiuridicità di condotte strumentali al trattamento medico, ancorché attuate secondo le regole dell'arte e con esito favorevole per il paziente.

Se di scriminante si vuol parlare, dovrebbe, semmai, immaginarsi la presenza, nel sistema, di una sorta di "**scriminante costituzionale**", tale essendo, per quel che si è detto, la fonte che "*giustifica*" l'attività sanitaria, in genere, e medico chirurgica in specie, fatte salve soltanto le ipotesi in cui essa sia rivolta a fini diversi da quelli **terapeutici** (è il caso, come è noto, degli interventi a **carattere sperimentale puro o scientifico**, e degli interventi che si risolvano in un trattamento di **pura estetica**). Come, quindi, l'attività del giudice che adotti, secondo legge, una misura cautelare personale non potrà integrare il delitto di sequestro di persona, e ciò non perché la sua condotta è "*scriminata*" "*semplicemente*" dall'art. 51 c.p., 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.

5. – Dal divieto di trattamenti sanitari obbligatori, salvo i casi previsti dalla legge, secondo quanto previsto dall'art. 32, secondo comma, Cost. e dal diritto alla salute, inteso come libertà di curarsi, discende che il **presupposto indefettibile** che "*giustifica*" il trattamento sanitario va rinvenuto nella **scelta, libera e consapevole** –salvo i casi di necessità e di incapacità di manifestare il proprio volere– della persona che a quel trattamento si sottopone. Presupposto, anche questo, che rinviene base precettiva, e, per così dire, "*costitutiva*", negli stessi principi dettati dalla Carta fondamentale. Sul punto, basterà richiamare una recentissima pronuncia della Corte costituzionale (**sentenza n. 438 del 2008**), nella quale la tematica del consenso informato è stata scandagliata *ex professo*, offrendosi dell'istituto del consenso al trattamento medico un quadro definitorio dettagliato e del tutto sintonico con gli approdi cui era già pervenuta, come si è fatto cenno, la giurisprudenza di questa Corte. Il Giudice delle leggi ha infatti avuto modo di puntualizzare che il «*consenso informato, inteso quale espressione della*

consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che "la libertà personale è inviolabile", e che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge"».

D'altra parte, ha osservato la Corte, anche numerose fonti internazionali prevedono la necessità del consenso informato del paziente nell'ambito dei trattamenti sanitari. Così, *«l'art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, premesso che gli Stati aderenti "riconoscono il diritto del minore di godere del miglior stato di salute possibile e di beneficiare di servizi medici e di riabilitazione", dispone che "tutti i gruppi della società in particolare i genitori ed i minori ricevano informazioni sulla salute e sulla nutrizione del minore"».* A sua volta, ha rammentato ancora la Corte, *«l'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con legge 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"».* *«La necessità che il paziente sia posto in condizione di conoscere il percorso terapeutico –ha ancora precisato la Corte– si evince, altresì, da diverse leggi nazionali che disciplinano specifiche attività mediche: ad esempio, dall'art. 3 della legge 21 ottobre 2005, n. 219 (Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale di emoderivati), dall'art. 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nonché dall'art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale), il quale prevede che le cure sono di norma volontarie e nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario se ciò non è previsto dalla legge».*

La circostanza, dunque, che il consenso informato trovi il suo fondamento direttamente nella Costituzione, e segnatamente negli artt. 2, 13 e 32 della Carta, pone in risalto –secondo il Giudice delle leggi– la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: *«quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio per garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione.*

Discende da ciò –ha concluso la Corte– che il consenso informato deve essere considerato un principio fondamentale in materia di tutela della salute, la cui conformazione è rimessa alla legislazione statale».

6. – I principi enunciati dalla Corte costituzionale, scolpiti, alla luce della pluralità di fonti che concorrono a rafforzarne gli enunciati, rappresentano, dunque, la ineludibile base precettiva sulla quale poter configurare la legittimità del trattamento sanitario in genere e della attività medico-chirurgica in specie: con l'ovvia conseguenza che, ove manchi o sia viziato il consenso "informato" del paziente, e non si versi in situazione di incapacità di manifestazione del volere ed in un quadro riconducibile allo stato di necessità, il trattamento sanitario risulterebbe *eo ipso* invasivo rispetto al diritto della persona di prescegliere se, come, dove e da chi farsi curare.

Ed è proprio in quest'ultima prospettiva che assume uno specifico risalto la normativa –non poco evolutasi nel corso del tempo– elaborata dagli organismi professionali in campo di deontologia medica;

giacché da essa, per un verso, si chiarisce la portata del “*circuito informativo*” che deve collegare fra loro medico e paziente, in vista di un risultato che –riguardando diritti fondamentali– non può non essere condiviso; e, dall’altro lato, è destinata a concretare, sul terreno del diritto positivo, le regole che costituiscono il “*prescrizionale*” per il medico, e la cui inosservanza è fonte di responsabilità, non necessariamente di tipo penale.

A seguito, infatti, 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. L’art. 30 del nuovo codice, infatti, ha previsto che il medico debba fornire al paziente «*la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate*». Dietro esplicita richiesta del paziente, inoltre, il medico dovrà fornire tutte le ulteriori informazioni che gli siano richieste.

L’art. 32 ha a sua volta stabilito che il medico non debba intraprendere alcuna attività diagnostica o terapeutica senza l’acquisizione del consenso informato del paziente; con l’ulteriore necessità della forma scritta per la manifestazione di tale consenso nell’ipotesi in cui la prestazione da eseguire comporti possibili rischi per l’integrità fisica del soggetto. L’art. 34 ha infine stabilito che il «*medico deve attenersi, nel rispetto della dignità, della libertà e dell’indipendenza professionale, alla volontà di curarsi, liberamente espressa dalla persona*». Da simili principi, profondamente innovativi rispetto a quelli enunciati nel precedente codice del 1995, si è tratto, quindi, il convincimento che fosse ormai superata la configurazione della attività del medico come promanante da soggetto detentore di una “*potestà*” di curare, dovendosi invece inquadrare il rapporto medico-paziente (al di fuori di qualsiasi visione paternalistica) nel contesto di quella che è stata definita come una sorta di “*alleanza terapeutica*”; in sintonia, d’altra parte con una più moderna concezione della salute, che trascende dalla sfera della mera dimensione fisica dell’individuo per ricomprendere anche la sua sfera psichica.

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*».

Ferma restando, dunque, la sicura illiceità, anche penale, della condotta del medico che abbia operato *in corpore vili* “**contro**” la volontà del paziente, direttamente o indirettamente manifestata, e ciò a prescindere dall’esito, fausto o infausto, del trattamento sanitario praticato, trattandosi di condotta che quanto meno realizza una illegittima coazione dell’altrui volere, l’ipotesi controversa, sulla quale occorre soffermarsi, riguarda invece il caso in cui, anche se “**in assenza**” di consenso espresso allo specifico trattamento praticato, il risultato dello stesso abbia prodotto un beneficio per la salute del paziente. E ciò perché, non necessariamente il mancato rispetto delle regole di deontologia medica e degli stessi principi affermati in tema di consenso informato dalla Corte costituzionale e dalla stessa giurisprudenza di legittimità determinano la automatica applicabilità delle fattispecie penali che, “*tradizionalmente*”, sono state evocate a tale riguardo.

Occorre, infatti, verificare se quelle fattispecie, pur nell’ambito –e nei limiti– di un percorso ermeneutico che adegui la peculiarità del caso alla struttura delle norme (certo “*pensate*” per altri fini), siano o meno suscettibili di “*attrarre*” nella propria sfera precettiva il “*fatto*” di cui qui si tratta, senza debordare dai confini entro i quali è consentita l’interpretazione nel campo del diritto penale sostanziale.

7. – In tale cornice, occorre, dunque, preliminarmente esaminare se –con riferimento alla particolare vicenda che qui rileva– il **mutamento del tipo di intervento operatorio**, effettuato (in ipotesi) senza che tale *variatio* fosse stata in precedenza assentita dal paziente, malgrado il relativo esito fausto, integri o meno il delitto di **violenza privata** che i giudici del doppio grado di merito hanno ritenuto di ravvisare nella specie, riquilificando in tal senso l’originaria imputazione di lesioni personali volontarie aggravate.

Al riguardo, non può non rilevarsi come gli orientamenti giurisprudenziali che si sono espressi a favore di tale impostazione hanno scarsamente approfondito il tema, mettendo piuttosto in luce il fatto che l’assenza del consenso comprometterebbe, non il valore della integrità fisica in sè, quanto, piuttosto, quello della libera formazione del volere: con la conseguenza di ritenere per questa via praticabile la soluzione della violenza privata, non tanto sulla base di argomentati rilievi circa la conformità del “*fatto*” al tipo normativo, quanto per la ritenuta “*ontologica*” incompatibilità che è dato ravvisare tra l’attività medico-chirurgica e il reato di lesioni volontarie.

Assai più articolata è, invece, la posizione della **dottrina**.

A proposito, infatti, del problema della sottoposizione del paziente ad un intervento chirurgico diverso da quello che questi aveva in precedenza autorizzato –paziente che dunque versa in stato di completa incoscienza per effetto della anestesia totale praticatagli– si è osservato che, a differenza di quanto stabiliva l’art. 154 del codice Zanardelli (e sulla base del quale era stata elaborata una antica e autorevole dottrina), nell’**art. 610 del codice vigente** la **violenza** non sarebbe più posta in rapporto con una perturbazione dell’altrui libera formazione del volere, ma con un comportamento concreto –di azione, di tolleranza o di omissione– non voluto dal soggetto passivo. Considerato, quindi, che la “*violenza*” non richiederebbe alcuna mediazione intellettuale da parte di chi la subisce e che essa è concepibile anche nei confronti di un soggetto incapace di dissentire o consentire –come, appunto, il soggetto anestetizzato– si afferma che il chirurgo, nell’*eseguire* un intervento diverso da quello consentito, esplicherebbe una energia fisica sul corpo del paziente, per tale via tenendo una condotta “*violenta*”, integrante una *vis absoluta*, perché il paziente, per le condizioni nelle quali si trova, non può opporre alcuna resistenza.

Tale tesi **non** può essere **condivisa**.

Al riguardo, va infatti rammentato, anzitutto, che la giurisprudenza di questa Corte ha più volte avuto modo di puntualizzare che, ai fini della configurabilità del delitto di violenza privata, il requisito della **violenza** si identifica in qualsiasi mezzo idoneo a privare coattivamente l’offeso della libertà di determinazione ed azione, ben potendo trattarsi di violenza fisica, propria, che si esplica direttamente nei confronti della vittima, o di violenza impropria, che si attua attraverso l’uso di mezzi anomali diretti ad esercitare pressioni sulla volontà altrui, impedendone la libera determinazione (v. in tal senso, Cass., Sez. V, 18 dicembre 2002, n. 5407/03, De Bortolo; Sez. V, 17 giugno 2002, n. 30175, P.G. in proc. Rossello; Sez. V, 16 maggio 2002, n. 24175, P.G. in proc. Cardilli).

E si è pure puntualizzato, in proposito, che l’elemento oggettivo del reato di cui all’art. 610, c.p., è costituito da una violenza o da una minaccia che abbiano l’effetto di costringere taluno a fare, tollerare, od omettere una determinata cosa. L’azione o l’omissione, che la violenza o la minaccia sono rivolte ad ottenere dal soggetto passivo, devono però essere determinate, poiché, ove manchi questa determinatezza, si avranno i singoli reati di minaccia, molestie, ingiuria, ma non quello di violenza privata (Cass., Sez. V, 18 aprile 2000, n. 2480, P.M. in proc. Ciardo). D’altra parte, versandosi, nella specie, in una ipotesi di violenza personale “*diretta*”, deve convenirsi con quanti ritengono che la nota caratterizzante tale forma di violenza vada ravvisata nella idea della aggressione “*fisica*”; vale a dire nella lesione o immediata esposizione a pericolo dei beni più direttamente attinenti alla dimensione fisica della persona, quali la vita, l’integrità fisica o la libertà di movimento del soggetto passivo.

Il che sembra rendere del tutto impraticabile l'ipotesi che siffatti requisiti possano ritenersi soddisfatti nella specifica ipotesi che qui interessa. La violenza, infatti, è un connotato essenziale di una condotta che, a sua volta, deve atteggiarsi alla stregua di mezzo destinato a realizzare un evento ulteriore: vale a dire la costrizione della vittima a fare, tollerare od omettere qualche cosa; deve dunque trattarsi di "qualcosa" di diverso dal "fatto" in cui si esprime la violenza. Ma poiché, nella specie, la violenza sulla persona non potrebbe che consistere nella operazione; e poiché l'evento di coazione risiederebbe nel fatto di "tollerare" l'operazione stessa, se ne deve dedurre che la coincidenza tra violenza ed evento di "costrizione a tollerare" rende tecnicamente impossibile la configurabilità del delitto di cui all'art. 610 c.p..

D'altra parte, anche il requisito della "costrizione" presenta, con riferimento alla ipotesi del paziente anestetizzato che abbia acconsentito ad altro intervento chirurgico ed alla relativa anestesia, elementi di intrinseca problematicità, che vanno ben a di là della questione, dibattuta in dottrina, se i delitti contro la libertà della persona possano essere commessi nei confronti di un soggetto che versi in stato di incoscienza.

Il concetto di costrizione, postula, infatti, il dissenso della vittima, la quale subisce la condotta dell'agente e per conseguenza di essa è indotta a fare, tollerare od omettere qualche cosa, in contrasto con la propria volontà.

Nei confronti del paziente anestetizzato *pleno iure*, perchè nel quadro di un concordato intervento terapeutico, il chirurgo che si discosti da quell'intervento e ne pratichi un altro potrà dirsi commettere un fatto di abuso o di approfittamento di quella condizione di "incapacitazione" del paziente, ma non certo di "costrizione" della sua volontà, proprio perchè, nel frangente, difetta quel requisito di contrasto di volontà fra soggetto attivo e quello passivo che costituisce presupposto indefettibile, insito nel concetto stesso di coazione dell'essere umano, "verso" (e, dunque, per realizzare consapevolmente) una determinata condotta attiva, passiva od omissiva.

Va inoltre considerato –come la difesa dell'imputato ha puntualmente messo in luce nella memoria difensiva– che la non riconducibilità nel perimetro applicativo dell'art. 610 c.p., della condotta del chirurgo che "approfitti" della condizione di anestetizzato del paziente per mutare il tipo di intervento chirurgico concordato, si desume, univocamente, anche dalle precise scelte legislative operate in riferimento alla fattispecie, strutturalmente "omologa", dettata dall'**art. 609-bis c.p.**

In essa, infatti, il legislatore ha ritenuto di introdurre una espressa equiparazione normativa tra l'ipotesi di costringimento, con violenza o minaccia, a subire atti sessuali, e l'ipotesi del compimento dell'atto sessuale «abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa»: eventualità, quest'ultima, che certamente si realizza anche nell'ipotesi in cui la vittima sia –come nel caso di paziente anestetizzato– in condizioni di totale incoscienza. Ciò sta dunque a significare che lo stesso legislatore, nel dettare la disciplina relativa ad altra ipotesi di violenza personale, ha dovuto dettare una apposita disposizione per equiparare condotte evidentemente fra loro non sovrapponibili, così da escludere che l'approfittamento della condizione di incapacità, possa, naturalisticamente e giuridicamente, equivalere ad un fatto di per sè integrante violenza.

Per altro verso, una ulteriore conferma della impraticabilità della tesi che ritiene configurabile, nella specie, il delitto di violenza privata, può desumersi pure dalle prospettive coltivate al riguardo *de iure condendo*. E' significativo, infatti, che nella bozza di articolato presentata il 25 ottobre 1991 dalla Commissione istituita dal Ministro della Giustizia con decreto dell'8 febbraio 1988 per la predisposizione di un disegno di legge delega per l'emanazione di un nuovo codice penale (cosiddetta Commissione Pagliaro) si sia avvertita la necessità di prevedere, all' art. 70, comma 1, n. 4), una specifica disposizione, nel capo relativo ai reati contro la libertà morale (ma in piena autonomia –ed è proprio questo l'aspetto che qui rileva– dal delitto di violenza privata, previsto nel punto n. 1) – destinata a porre come direttiva la previsione, quale delitto, della «attività medica o chirurgica su persona non consenziente, consistente nel

compimento di un'attività medica o chirurgica, anche sperimentale, su una persona senza il consenso dell'avente diritto (e sussistente se il fatto non costituisce un reato più grave). Escludere la punibilità – prevedeva ancora la ipotesi di norma di delega– quando il fatto comporti vantaggi senza alcun effettivo pregiudizio alla persona».

L'esistenza, quindi, di un "vuoto normativo" da colmare era stata sin da quell'epoca lucidamente avvertita.

8. – Esclusa, quindi, la possibilità di ritenere integrato, nel caso di specie, il delitto di violenza privata, occorre esaminare quella che è stata ritenuta per lungo tempo l'alternativa "naturalisticamente" privilegiata: vale a dire il reato di **lesioni** di cui all'**art. 582 c.p.**. E ciò non solo per completare la risposta al quesito in ordine al quale queste Sezioni Unite sono state chiamate a pronunciarsi; ma anche perché la tematica è stata direttamente trattata nel procedimento *a quo*, in quanto il delitto originariamente contestato all'imputato era stato proprio il reato di lesioni personali volontarie aggravato.

Ebbene, una significativa parte della giurisprudenza e della dottrina, è concorde nel mettere in luce un dato assolutamente incontestabile: vale a dire la sostanziale incompatibilità concettuale che è possibile cogliere tra lo svolgimento della attività sanitaria, in genere, e medico-chirurgica in specie, e l'**elemento soggettivo** che deve sussistere perché possa ritenersi integrato il delitto di lesioni volontarie. Una condotta "istituzionalmente" rivolta a curare e, dunque, a rimuovere un male non può essere messa sullo stesso piano di una condotta destinata a cagionare quel "male". Ciò non esclude, però, che l'atto chirurgico integri –ove isolato dal contesto del trattamento medico-terapeutico– la tipicità del fatto lesivo, rispetto al quale l'antigiuridicità non può che ricondursi alla disamina del corretto piano relazionale tra medico e paziente: in una parola, al consenso informato, che compone la "istituzionalità" della condotta "strumentale" del chirurgo, costretto a "ledere" per "curare". Il versante problematico si sposta, dunque, dalla antigiuridicità, derivante dal mancato consenso al diverso tipo di intervento chirurgico in origine assentito, alla "tipicità" delle lesioni dell'intervento in sè e delle conseguenze che da tale intervento sono scaturite: giacché, se l'atto operatorio ha in definitiva prodotto non un danno, ma un beneficio per la salute, è proprio la tipicità del fatto, *sub specie* di conformità al modello delineato dall'art. 582 c.p., a venire seriamente in discussione.

La questione, pertanto, finisce per coinvolgere direttamente la disamina della nozione stessa di "malattia", ai sensi dell'**art. 582 c.p.**, giacché anche a questo riguardo le interpretazioni offerte da giurisprudenza e dottrina si sono non poco evolute nel corso del tempo.

Per lungo tempo, infatti, specie in giurisprudenza, il concetto di malattia ha fortemente risentito di quanto era stato al riguardo precisato nella Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, giacché in essa si era puntualizzato che era stato fatto uso della «*espressione, correttamente scientifica, di malattia, anziché quella di danno nel corpo o perturbazione della mente, [l'art. 372 del codice Zanardelli, puniva, infatti, a titolo di lesione personale, la condotta di chi, «senza il fine di uccidere, cagiona ad alcuno un danno nel corpo o nella salute o una perturbazione nella mente»], giacché una malattia è indistintamente qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata e non impegnativa delle condizioni organiche generali.*

Simile approccio definitorio è stato, infatti, pedissequamente recepito dalla giurisprudenza di legittimità, rimasta, sino ad epoca recente, consolidata nell'affermare che, in tema di lesioni personali volontarie, costituisce malattia qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata, di lieve entità e non influente sulle condizioni organiche generali, onde lo stato di malattia perdura fino a quando è in atto il suddetto processo di alterazione, malgrado il ritorno della persona offesa al lavoro (cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. V, 2 febbraio 1984, n. 5258, De Chirico; Sez. V, 14 novembre 1979, n. 2650, Miscia; Sez. I, 30 novembre 1976, n. 7254, Saturno; Sez. I, 11 ottobre 1976, n. 2904, Carchedi).

Sul punto, però, non può non convenirsi con quanti ritengono che il concetto di “*malattia*”, più che evocare l’impiego di un elemento descrittivo della fattispecie, rinvia ad un parametro normativo extragiuridico, di matrice chiaramente tecnico-scientifica, tale da far sì che il fenomeno morboso, altrimenti apprezzabile da chiunque in termini soggettivi e del tutto indistinti, presenti, invece, i connotati definitivi e di determinatezza propri del settore della esperienza –quella medica, appunto– da cui quel concetto proviene.

Poiché, dunque, la scienza medica può dirsi da tempo concorde –al punto da essere stata ormai recepita a livello di *communis opinio*– nell’intendere la “*malattia*” come **un processo patologico evolutivo necessariamente accompagnato da una più o meno rilevante compromissione dell’assetto funzionale dell’organismo**, ne deriva che le mere alterazioni anatomiche che non interferiscano in alcun modo con il profilo funzionale della persona non possono integrare la nozione di “*malattia*”, correttamente intesa.

Pertanto, la semplice alterazione anatomica non rappresenta, in sé, un presupposto indefettibile della malattia, giacché ben possono ammettersi processi patologici che non si accompagnino o derivino da una modificazione di tipo anatomico, così come, all’inverso, una modificazione di quest’ultimo tipo che non determini alcuna incidenza sulla normale funzionalità dell’organismo si presenta, secondo tale condivisibile impostazione, insuscettibile di integrare la nozione di “*malattia*”, quale evento naturalistico del reato di cui all’art. 582 c.p..

Per altro verso, non è senza significato la circostanza che nel codice, la lesione non sia definita in sé –quale semplice “*rottura*” della unità organica– ma in relazione all’ “*evento*” che essa deve determinare: e cioè, appunto, una “*malattia*” del corpo o della mente. La circostanza, quindi, che la malattia può riguardare tanto l’aspetto fisico che quello psichico dell’individuo, e poiché tali due aspetti sono stati fra loro alternativamente considerati dal legislatore (attraverso l’uso della disgiuntiva “*o*”), se ne può desumere che, unitario dovendo essere il concetto di malattia e considerato che non può evocarsi una alterazione “*anatomica*” della mente, l’unica alterazione che è possibile immaginare, come comune ai due accennati aspetti, è proprio –e soltanto– quella funzionale. D’altra parte, il concetto stesso di “*durata*” della malattia –sulla cui base è parametrata la procedibilità e la gravità del reato– non può che confermare una propensione al recepimento normativo della nozione “*funzionalistica*” della malattia, del tutto in linea con i tradizionali approdi definitivi cui è pervenuta, anche se con varietà di accenti, la medicina legale.

A tale impostazione mostra, d’altra parte, di aderire anche un significativo filone di giurisprudenza di questa Corte, attento a ricondurre il concetto di “*malattia*” nell’ambito di un paradigma di offensività strutturalmente coeso con la nozione scientifica del concetto stesso, secondo la dichiarata *intentio legis* fatta palese dal Guardasigilli, nella richiamata Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, ma poi “*tradita*” nel contenuto definitorio trasfuso in quel documento e supinamente recepito dalla giurisprudenza prevalente.

Una prima, sensibile innovazione interpretativa rispetto alla tesi tradizionale è stata, infatti, offerta dalla sentenza Sez. IV, 14 novembre 1996, n. 10643, P.C. in proc. Francolini, ove si è affermato che il concetto clinico di malattia richiede il concorso del requisito essenziale di una riduzione apprezzabile di funzionalità, cui può anche non corrispondere una lesione anatomica, e di quello di un fatto morboso in evoluzione, a breve o lunga scadenza, verso un esito che potrà essere la guarigione perfetta, l’adattamento a nuove condizioni di vita oppure la morte. Deriva da ciò –ha concluso la pronuncia– che non costituiscono malattia, e quindi non possono integrare il reato di lesioni personali, le alterazioni anatomiche, cui non si accompagni una riduzione apprezzabile della funzionalità.

In linea con simili affermazioni si collocano anche Sez. V, 15 ottobre 1998, n. 714, Rocca, Sez. IV, 28 ottobre 2004, n. 3448, Perna, e la più recente sentenza Cass., Sez. IV, 19 marzo 2008, n. 17505, Pagnani, la quale, all’esito di un percorso ricostruttivo delle diverse opinioni misurate sul tema, ha

anch'essa conclusivamente ribadito che, ai fini della configurabilità del delitto di lesioni personali, la nozione di malattia giuridicamente rilevante non comprende tutte le alterazioni di natura anatomica, che possono in realtà anche mancare, bensì solo quelle alterazioni da cui deriva una limitazione funzionale o un significativo processo patologico ovvero una compromissione delle funzioni dell'organismo, anche non definitiva, ma comunque significativa.

Accedendo, dunque, ad una **impostazione** per così dire "*funzionalistica*" del concetto di malattia, se ne devono trarre i necessari riverberi anche per ciò che attiene all'**elemento soggettivo** del delitto di cui all'art. 582 c.p., giacché, se si ritiene che non possa integrare il reato la lesione che coincida, come evento causalmente derivato, in una mera alterazione anatomica senza alcuna apprezzabile menomazione funzionale dell'organismo, se ne deve dedurre che l'elemento psicologico non potrà non proiettarsi a "*coprire*" anche la conseguenza "*funzionale*" che dalla condotta illecita è derivata.

Per la verità, la giurisprudenza di questa Corte si è mostrata propensa a ritenere che per la sussistenza del dolo nel delitto di lesioni personali non è necessario che la volontà dell'agente sia diretta alla produzione di conseguenze lesive, essendo sufficiente l'intenzione di infliggere all'altrui persona una violenza fisica; basta quindi –secondo tale impostazione– il dolo generico, che deve reputarsi sussistere –sia pure nella forma eventuale– anche in ipotesi di azione commessa *ioci causa* allorché l'agente abbia previsto come probabile (e quindi ne abbia accettata la verifica concreta) l'evento lesivo (cfr., *ex multis*, Cass, Sez. I, 7 giugno 1996, n. 6773, P.M. in proc. Poma; Sez. VI, 13 ottobre 1989, n.3103, Lavera; Sez. V, 25 novembre 1986, n. 3038/87, Zito; Sez. V, 12 aprile 1983, n. 4419, Negovetich). Discende, poi, da tale orientamento la tesi della identità del dolo delle lesioni volontarie rispetto a quello delle percosse (Cass., Sez. V, 12 ottobre 1983, n. 9448, Ferrario; Sez. V, 3 febbraio 1984, n. 1564, Dal Pozzo).

Anche a voler prescindere dalla dubbia condivisibilità teorica di siffatta ricostruzione dell'elemento soggettivo del reato di lesioni volontarie, resta il fatto che essa oblitera un dato normativo di ineludibile risalto, quale è quello rappresentato dal fatto che l'evento naturalistico del delitto di cui all'art. 582 c.p. si compone di un frammento "*definitorio*" –la lesione– che si specifica in un altro evento che dal primo deriva: appunto, la malattia, a sua volta da intendersi nel senso che si è dianzi delineato.

Se, dunque, si cagiona sul derma dell'individuo una soluzione di continuo che può integrare la nozione di "*lesione*", ciò è ancora in conferente, sul versante del trattamento medico-chirurgico, agli effetti della integrazione del precetto, se ad essa non consegua una alterazione funzionale dell'organismo. Pensare che questa "*conseguenza*" sia estranea alla sfera dell'elemento psicologico, equivale ad estrapolare dall'evento del reato un solo elemento definitorio, frantumandone, arbitrariamente, l'unitarietà che ad esso ha ritenuto di imprimere il legislatore.

Sotto questo profilo, dunque, una diversa interpretazione non solo appare inaccettabile da un punto di vista di disamina "*strutturale*" della fattispecie –giacché la malattia finirebbe per atteggiarsi alla stregua di una "eccentrica" condizione obiettiva di punibilità– ma anche in grave frizione con il principio di colpevolezza, sancito dall'art. 27, primo comma, della Costituzione, per il quale –secondo la costante interpretazione ad esso data dalla Corte costituzionale (v. da ultimo, la sentenza n. 322 del 2007 e le altre ivi richiamate)– è postulato un coefficiente di partecipazione psichica del soggetto al fatto, rappresentato quantomeno dalla colpa, in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica, fra i quali non può non essere annoverata proprio la "*malattia*".

9. – Alla stregua dei riferiti rilievi è dunque possibile trarre alcune conclusioni. Una prima considerazione, che appare per molti aspetti dirimente agli specifici fini che qui interessano, riguarda le peculiarità che caratterizzano, rispetto alla attività sanitaria in genere, l'**intervento medico-chirurgico** realizzato per **fini terapeutici**. In quest'ultimo frangente, infatti, la condotta del medico è non soltanto teleologicamente orientata al raggiungimento di uno specifico obiettivo "*prossimo*", quale può essere, in ipotesi, la riuscita, sul piano tecnico-scientifico, dell'atto operatorio in sè e per sè considerato, quanto –e

soprattutto– per realizzare un beneficio per la salute del paziente. E' quest'ultimo, infatti, il vero bene da preservare; ed è proprio il relativo risalto costituzionale a fornire copertura costituzionale alla legittimazione dell'atto medico. L'atto operatorio in sè, dunque, rappresenta solo una "porzione" della condotta terapeutica, giacché essa, anche se ha preso avvio con quell'atto, potrà misurarsi, nelle sue conseguenze, soltanto in ragione degli **esiti "conclusivi"** che dall'intervento chirurgico sono scaturiti sul piano della salute complessiva del paziente che a quell'atto si è –di regola volontariamente– sottoposto.

Ecco già, dunque, un primo approdo. Le "conseguenze" dell'intervento chirurgico ed i correlativi profili di responsabilità, nei vari settori dell'ordinamento, non potranno coincidere con l'atto operatorio in sè e con le "lesioni" che esso "naturalisticamente" comporta, ma con gli esiti che quell'intervento ha determinato sul piano della valutazione complessiva della salute. Il chirurgo, in altri termini, non potrà rispondere del delitto di lesioni, per il sol fatto di essere "chirurgicamente" intervenuto sul corpo del paziente, salvo ipotesi teoriche di un intervento "coatto"; sibbene, proprio perché la sua condotta è rivolta a fini terapeutici, è sugli esiti dell'obiettivo terapeutico che andrà misurata la correttezza dell'agere, in rapporto, anche, alle regole dell'arte.

E', quindi, in questo contesto che andrà verificato l'esito, fausto o infausto, dell'intervento e quindi parametrato ad esso il concetto di "malattia" di cui si è detto. E' ben vero, a questo riguardo, che la dottrina ha puntualmente evidenziato le difficoltà che –a cagione della pluralità di considerazioni, di ordine clinico e di altro genere, che tale giudizio comporta– possono compromettere una valutazione certa e obiettiva in ordine ai risultati scaturiti, per la salute del paziente, dall'intervento medico-chirurgico. Ma si tratta di rilevi che, pur se non trascurabili, pertengono ad aspetti di merito che vanno affrontati e risolti nella competente sede.

Pertanto, ove l'intervento chirurgico sia stato eseguito *lege artis*, e cioè come indicato in sede scientifica per contrastare una patologia ed abbia raggiunto positivamente tale effetto, dall'atto così eseguito **non** potrà dirsi derivata una **malattia**, giacché l'atto, pur se "anatomicamente" lesivo, non soltanto non ha provocato –nel quadro generale della "salute" del paziente– una diminuzione funzionale, ma è valso a risolvere la patologia da cui lo stesso era affetto. Dunque, e per concludere sul punto, non potrà ritenersi integrato il delitto di cui all'art. 582 cod. pen, proprio per difetto del relativo "evento". In tale ipotesi, che è quella che ricorre nella specie, l'eventuale mancato consenso del paziente al diverso tipo di intervento praticato dal chirurgo, rispetto a quello originariamente assentito, potrà rilevare su altri piani, ma non su quello penale.

Proprio sul versante della "opinabilità" della valutazione dei risultati conseguiti dall'intervento chirurgico effettuato per fini terapeutici, una parte significativa della dottrina ha fatto leva per desumere come il difetto del consenso informato allo specifico atto operatorio eseguito possa, in fin dei conti, far ritenere che il concetto stesso di "salute" e di esito più o meno fausto del trattamento chirurgico dovrebbe necessariamente postulare anche l'apprezzamento e la scelta consapevole dello stesso paziente: il quale ben può avere, della propria salute, una opinio affatto diversa da quella del medico e che, come tale, deve essere –trattandosi di diritto inviolabile della persona– adeguatamente cautelata e rispettata.

Il rilievo coglie senz'altro nel segno, ma soltanto in una (auspicabile) prospettiva *de iure condendo*. Sul piano del fatto tipico descritto dall'art. 582 c.p., infatti, il concetto di malattia –e di tutela della salute– non può che ricevere una lettura "obiettiva", quale è quella che deriva dai dettami della scienza medica, che necessariamente prescinde dai diversi parametri di apprezzamento della eventuale parte offesa.

E' evidente, comunque, che per **esito fausto** dovrà intendersi soltanto quel giudizio positivo sul miglioramento apprezzabile delle condizioni di salute del paziente, ragguagliato non soltanto alle regole proprie della scienza medica, ma anche alle alternative possibili, nelle quali devono necessariamente confluire le manifestazioni di volontà positivamente o indirettamente espresse dal paziente: ad evitare –

quindi– che possa essere soltanto la “*monologante*” scelta del medico ad orientare e tracciare gli obiettivi terapeutici da perseguire, neglignendo ciò che il paziente abbia potuto indicare al riguardo.

Ove, invece, l’esito dell’intervento **non sia stato fausto**, nei sensi dianzi delineati, la condotta del sanitario, avendo cagionato una “*malattia*”, realizzerà un fatto conforme al tipo: e rispetto ad essa potrà dunque operarsi lo scrutinio penale, nella ipotesi in cui, difettando il consenso informato, l’atto medico sia fuoriuscito dalla innanzi evidenziata “*copertura costituzionale*”.

Ciò non toglie, peraltro, che, nell’ambito della imputazione del fatto a titolo soggettivo – trattandosi pur sempre di condotta volta a fini terapeutici– accanto a quella logica incoerenza di siffatto atteggiamento psicologico con il dolo delle lesioni di cui all’art. 582 c.p., già posta in luce dalla prevalente dottrina e dai più recenti approdi giurisprudenziali di questa Corte potranno assumere un particolare risalto le figure di **colpa impropria**, nelle ipotesi in cui –a seconda dei casi e delle varianti che può assumere il “*vizio*” del consenso informato– si possa configurare un errore sulla esistenza di una scriminante, addebitabile ad un atteggiamento colposo, ovvero allorché i limiti della scriminante vengano superati, sempre a causa di un atteggiamento rimproverabile a titolo di colpa (artt. 55 e 59, quarto comma, c.p.).

10. - Può quindi concludersi nel senso che, **ove il medico sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, e tale intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis*, si sia concluso con esito fausto, nel senso che dall’intervento stesso è derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute, in riferimento, anche alle eventuali alternative ipotizzabili, e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte del paziente medesimo, tale condotta è priva di rilevanza penale, tanto sotto il profilo della fattispecie di cui all’art. 582 c.p., che sotto quello del reato di violenza privata, di cui all’art. 610 c.p.**

Alla stregua di tali rilievi la sentenza impugnata deve essere annullata senza rinvio perché il fatto non sussiste”.

4. La giurisprudenza successiva all’intervento delle Sezioni unite.

*Pur dopo l’intervento della Sezioni unite, non sono venuti meno i contrasti nell’ambito della giurisprudenza. Significativo è al riguardo l’iter motivazionale della recente sentenza Cass. 20.04.2010 Petretto, riguardante un caso di intervento chirurgico con esito infausto realizzato con modalità violatrici delle *leges artis* da parte del medico ed in assenza di un consenso validamente prestato. L’analisi della motivazione della sentenza (nella quale si dà atto che in un primo momento, significativamente, la Corte aveva rimesso il ricorso alle Sezioni Unite) fa sorgere il problema se essa si ponga realmente in sintonia con i principi affermati dalla sentenza Giulini o - anche al di là della massima ufficiale che ne è stata tratta - in realtà se ne discosti nella sostanza: emerge dunque il problema di quale sia stata la reale funzione svolta dal precedente costituito dalla sentenza Giulini.*

Cass., Sez. IV, 20.04.2010 (08.06.2010), n. 21799/2010, Petretto

dalla motivazione:

Svolgimento del processo

Il 14 novembre 2008 il G.U.P. del Tribunale di Sassari, a seguito di giudizio abbreviato, dichiarava non doversi procedere nei confronti di Giovanni Antonio Tommaso Petretto in ordine al reato di cui all'art. 590 c.p., comma 2, così qualificata la originaria imputazione di lesioni personali dolose, perché estinto per prescrizione. All'imputato era stato originariamente contestato il delitto di cui all'art. 582 c.p., e art. 583 c.p., comma 1, n. 2, "perché, in assenza di consenso informato del paziente, effettuava un intervento PRK su entrambi gli occhi di Pischedda Giorgio, dal quale derivava l'indebolimento permanente del senso della vista" (novembre 2000).

Riferiva il giudice del merito che, alla stregua del contenuto della denuncia-querela del Pischedda e delle sue sommarie informazioni rese, questi si era affidato al dott. Petretto per le cure del caso in ordine ad un'elevata miopia ad entrambi gli occhi ed astigmatismo; l'imputato, dopo aver effettuato una normale visita oculistica, aveva suggerito l'opportunità di effettuare un intervento correttivo, definito routinario, al quale il paziente si era sottoposto il 10 novembre 2000. Aveva asserito il denunciante che, sia durante la visita che prima dell'intervento, il dott. Petretto non gli aveva fornito alcuna informativa in relazione al prospettato intervento, lasciando tuttavia intendere che avrebbe eseguito un intervento tipo lasik, tecnica che egli dichiarava di conoscere bene per essersi preventivamente ed opportunamente informato; si era poi appurato che l'intervento effettuato era stato di tipo PRK e non lasik, ed a tale tipo di intervento il querelante aveva dichiarato che non si sarebbe mai sottoposto; si era anche accertato che la struttura sanitaria presso la quale operava il dott. Petretto non era attrezzata per l'esecuzione di interventi in lasik, ma solo per interventi di tipo PRK.

Dall'intervento così effettuato erano derivate le lesioni indicate nel capo di imputazione. Il consulente del P.M., accertata l'avvenuta esecuzione di un intervento tipo PRK, aveva rilevato omissioni colpevoli dello specialista (assenza degli esami pre-operatori, ritenuti indispensabili per l'intervento di chirurgia tramite laser, sia PRK che lasik), nonché la "mancata compilazione del c.d. consenso informato".

Nel pervenire alla resa statuizione, il Tribunale osservava che "il consenso del paziente costituisce un presupposto di liceità del trattamento medico-chirurgico...", e "il contenuto del consenso non è solo la facoltà di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla... secondo una totale autonomia di scelte... che deve essere sempre rispettata dal sanitario...". E però, "nell'ipotesi di attività medico-chirurgica effettuata in assenza del consenso del paziente non può tuttavia farsi discendere automaticamente una responsabilità del medico a titolo di dolo per lesioni volontarie o, in caso di decesso, per omicidio preterintenzionale": e ciò perché "il sanitario agisce sempre, magari erroneamente, con una finalità terapeutica o curativa che è incompatibile, salvo casi eccezionali..., con il dolo delle lesioni... La valutazione del comportamento del medico sotto il profilo penale... non ammette un diverso apprezzamento a seconda che l'attività sia stata prestata con o in assenza di consenso, non presentando il giudizio sulla sussistenza della colpa e sul nesso di causalità differenze di sorta a seconda che vi sia stato o meno il consenso informato del paziente. Solo in un'unica ipotesi la mancata acquisizione del consenso rileva quale elemento costitutivo della colpa, allorché tale assenza abbia determinato, in via mediata, l'impossibilità per il medico di conoscere le reali condizioni del paziente e di acquisire una anamnesi completa...".

Rilevava, quindi che, nel "caso oggetto del presente giudizio, l'imputato procedeva ad eseguire sul paziente un intervento oculistico correttivo mediante laser, in mancanza di consenso informato, eseguendo l'operazione con il metodo PRK pur

avendo dichiarato, secondo quanto riferito dalla persona offesa, trattarsi di intervento chirurgico in lasik... ". Osservava che "gli atti processuali e la documentazione acquisita... non consentono di affermare con certezza che l'intervento programmato dall'oculista fosse un'operazione in lasik e non di PRK, atteso che, a fronte delle dichiarazioni del paziente, l'unico certificato in atti rilasciato dal sanitario fa riferimento alla tecnica in effetti utilizzata e l'ispezione locale presso la clinica... ha escluso la presenza dei macchinari necessari per poter effettuare una cheratectomia intrastromale".

Ricordava, poi, il Tribunale che "la consulenza medico-legale ha evidenziato come la cheratectomia refrattiva (PRK) e la cheratectomia intrastromale (lasik) costituiscano due tecniche di intervento con laser ad eccimeri funzionale alla riduzione dell'occhiale o, nei casi più favorevoli, alla sua completa eliminazione... In entrambi gli interventi con laser ad eccimeri è necessario eseguire una serie di esami preliminari al fine di una selezione accurata delle caratteristiche cliniche...", e nella specie "il perito di ufficio ha accertato profili di colpa dello specialista e, segnatamente, violazione delle regole cautelari non scritte di diligenza e prudenza, per la mancata esecuzione degli esami preliminari indicati per la chirurgia con laser ad eccimeri..., avendo quindi omesso di valutare possibili controindicazioni all'operazione chirurgica, nonché di prudenza e perizia per aver tentato una correzione di un astigmatismo miopico composto obiettivamente molto elevato, prescindendo dalla conoscenza delle caratteristiche topografiche e di spessore corneale, elementi fondamentali per decidere i parametri di esecuzione del trattamento laser".

Alla stregua di tali osservazioni, conclusivamente riteneva il Tribunale che "possa riconoscersi oltre ogni ragionevole dubbio, con alta probabilità logica e credibilità razionale, la sussistenza del nesso causale tra la accertata condotta colposa dell'imputato e il verificarsi dell'evento di lesioni, dovendosi escludere con certezza il verificarsi di fattori causali diversi"; e "deve, pertanto, riconoscersi l'imputato responsabile del delitto di lesioni personali colpose gravi...", reato per il quale si era maturato il termine prescrizione massimo di legge.

Avverso tale sentenza proponeva ricorso immediato per cassazione il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Sassari, premettendo che di non contestare le conclusioni alle quali era pervenuto il giudice secondo cui:"...l'imputato procedeva ad eseguire sul paziente l'intervento correttivo tramite laser, in mancanza di consenso informato, eseguendo l'operazione con il metodo PRK pur avendo dichiarato, secondo quanto riferito dalla persona offesa, trattarsi di intervento chirurgico in lasik, operazione a seguito della quale residuava in capo al malato un danno..." e denunciando la violazione degli artt. 43 e 582 c.p.. Deduceva che "asserita la colposità della condotta, la qualificazione giuridica del fatto è avvenuta da parte del giudice con semplice adesione ad una nota giurisprudenza, per la quale il fine terapeutico esclude il dolo di lesioni personali, salvo casi eccezionali". Ma "in tal modo si trasforma un delitto a dolo generico in un delitto a dolo specifico: cioè si aggiunge al corpo degli elementi costitutivi dell'art. 582 c.p. un elemento del tutto ignoto alla relativa fattispecie e cioè il fine di non agire a scopo terapeutico...". Soggiungeva che "si assuma pure la malattia come un processo patologico che determini un'apprezzata menomazione funzionale dell'organismo, secondo la nozione più restrittiva della giurisprudenza di legittimità... Ebbene, appare di tutta evidenza che una tale menomazione, sia pure temporanea, è ciò che il medico vuole quando incide sui tessuti del paziente... Dalla ferita chirurgica deriva una malattia, nel senso delle sentenze

citare, perché da questa ferita bisogna comunque guarire. In altri termini, la resezione istologica non è senza conseguenze: la lesione operatoria ha causato un processo patologico che deve concludersi, ha causato quindi una malattia... Il medico vuole una malattia per guarirne un'altra...; la malattia da lui voluta è strumentale alla guarigione, ma pur sempre una malattia...".

Rilevava, poi, che "sotto altro profilo..., in caso di intervento chirurgico in assenza di consenso informato vi è aggressione all'incolumità individuale: ciò che manca è un'aggressione alla salute, perché l'intervento chirurgico tende anzi ad un recupero della stessa. Ma la salute solo ha riguardo al rapporto finale costi- benefici ed attiene ad un altro campo, quello dell'equilibrio psico- fisico dell'uomo... Essa non costituisce l'oggetto di tutela dell'art. 582 c.p. invece espressamente individuato dal legislatore nell'incolumità individuale.

Detto in altri termini, non possono sovrapporsi due nozioni, quella di incolumità individuale e quella di salute, che invece devono essere ritenute separate. L'assimilazione urta contro l'espressa intitolazione legislativa": donde la conclusione che "il medico che procede ad un intervento chirurgico in assenza di consenso informato versa necessariamente in dolo di lesioni personali". Osservava, infine, che "viene da chiedersi se non ci sia contraddizione fra asserire la necessità del consenso e poi asserire che sotto il profilo penale la valutazione del comportamento del medico non ammette un diverso apprezzamento a seconda che il consenso ci sia o non ci sia... Parremmo proprio essere di fronte ad una restaurazione del paternalismo medico nella sua formulazione più pura: è solo il medico che decide secondo scienza e coscienza ciò che è meglio per il malato".

Il ricorrente chiedeva conclusivamente, "configurato il reato di lesioni personali dolose gravi", l'annullamento con rinvio della sentenza impugnata, "affinché il giudice del rinvio si uniformi ai principi di diritto che la Corte, se ritenuto del caso a Sezioni Unite, riterrà di stabilire".

Questa Sezione, con ordinanza in data 28.1.2010, **ha rimesso il ricorso alle Sezioni Unite penali.**

Ha osservato che, con sentenza del 18 dicembre 2008, n. 2437/2009, le stesse Sezioni Unite di questa Suprema Corte hanno affermato il principio che "non integra il reato di lesione personale, né quello di violenza privata, la condotta del medico che sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, nel caso in cui l'intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis*, si sia concluso con esito fausto...".

Ha, quindi, considerato che in quella sede non è stato affrontato ex professo il tema relativo alla diversa ipotesi che l'intervento terapeutico si sia risolto, invece, con esito infausto, limitandosi la precitata sentenza a rilevare, da ultimo, che "ciò non toglie, peraltro, che... potranno assumere un particolare risalto le figure di colpa impropria, nelle ipotesi in cui... si possa configurare un errore sulla esistenza di una scriminante, addebitabile ad un atteggiamento colposo, ovvero allorché i limiti della scriminante vengano superati, sempre a causa di un atteggiamento rimproverabile a titolo di colpa...".

Ha, altresì, considerato che sembra, tuttavia, di dover desumere dall'apparato argomentativo di tale sentenza che, una volta esclusa la rilevanza del mancato consenso del paziente all'atto terapeutico posto in essere, dovrebbero essere valutati solo gli eventuali profili colposi di tale attività terapeutica posta in essere,

evidentemente solo in relazione alla osservanza o meno delle *leges artis*, con eventuale ravvisabilità di reati solo colposi e non dolosi.

Aveva, indi espresso "notevoli perplessità" sulla (nuova) nozione di lesione, in ambito terapeutico, come delineata dalle Sezioni Unite, che avevano evocato "una propensione al recepimento normativo della nozione funzionalistica della malattia", e ritenuto di accedere "ad una impostazione per così dire funzionalistica del concetto di malattia", che "non potrà non proiettarsi a coprire anche la conseguenza funzionale che dalla condotta illecita è derivata...".

Il Presidente aggiunto di questa Corte, con provvedimento in data 12.2.2010, ha restituito gli atti a questa Sezione rilevando che il principio affermato dalla sentenza delle SS.UU. nella sentenza n. 2437/09 del 18.12.2008, ric. Giulini, secondo il quale un esito "fausto" del trattamento chirurgico, sia pure effettuato difformemente da quello per il quale il paziente aveva prestato il consenso, non integra il reato di cui all'art. 582 c.p. (né quello di cui all'art. 610 c.p.), "non incide sul *thema decidendum* oggetto del ricorso in questione,... trattandosi nella specie di un intervento chirurgico con esito lesivo della salute del paziente, oltre che effettuato con modalità operatorie diverse da quelle assentite" e che "trattasi, pertanto, di questioni diverse...".

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorso è fondato e merita accoglimento.

Deve innanzitutto rilevarsi che in riferimento al reato come originariamente qualificato e che il ricorrente chiede venga ritenuto (art. 582 c.p., art. 583 c.p., comma 1, n. 2) non sono, ad oggi, ancora decorsi i termini prescrizionali massimi di legge, trovando applicazione la più favorevole normativa al riguardo prevista dall'art. 157 c.p., come novellato dalla L. 5 dicembre 2005, n. 251, art. 6 (la sentenza di primo grado impugnata è stata resa il 14 novembre 2008: art. 10 di tale disposto normativo), il reato in questione è contestato come commesso "nel novembre 2000" ed è punibile con la pena da tre a sette anni. Il termine di sette anni a fini prescrizionali va aumentato, ai sensi del novellato art. 161 c.p., comma 2, di un quarto (pari ad un anno e nove mesi) per effetto degli intervenuti atti interruttivi, onde il relativo termine massimo si colloca ad agosto 2009.

Peraltro, come già rilevato nell'ordinanza di rimessione alle SS.UU. sopra indicata, "nel corso del giudizio sono, però, intervenute delle sospensioni: (.....)

Ciò premesso, è incontestabile che la situazione fattuale della vicenda in esame è diversa da quella oggetto della precitata sentenza delle Sezioni Unite del 18 dicembre 2008, n. 2437/2009, sotto il profilo che in tale ultimo caso l'intervento terapeutico, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis* si era concluso con esito fausto; nel caso che qui rileva l'intervento terapeutico, eseguito con "violazione delle regole cautelari non scritte di diligenza e prudenza..., nonché di prudenza e perizia", si è concluso con esito infausto, determinativo delle lesioni sopra ricordate; in ambedue i casi, tuttavia, esso è stato eseguito con modalità operatorie non assentite dal paziente.

Pur nella diversità degli esiti dell'intervento terapeutico (fausti nella fattispecie esaminata dalle Sezioni Unite, infausti nel caso che ci occupa), ritiene il Collegio, tuttavia, che la vicenda in esame rimandi, in ogni caso, alle tematiche di diritto

affrontate dalle Sezioni Unite dovendosi pur sempre delibare le seguenti due questioni: quella della rilevanza o meno del mancato consenso del paziente all'atto terapeutico intrapreso e quello del concetto di malattia, rilevante in fattispecie di lesioni personali arrecate a seguito dell'eseguito intervento terapeutico.

Quanto alla prima, il giudice del merito ha ritenuto che "il sanitario agisce sempre, magari erroneamente, con una finalità terapeutica o curativa che è incompatibile, salvo casi eccezionali..., con il **dolo delle lesioni** ... La valutazione del comportamento del medico sotto il profilo penale... non ammette un diverso apprezzamento a seconda che l'attività sia stata prestata **con o in assenza di consenso**". Il ricorrente deduce, invece, che "in tal modo si trasforma un delitto a dolo generico in un delitto a dolo specifico: cioè si aggiunge al corpo degli elementi costitutivi dell'art. 582 c.p. un elemento del tutto ignoto alla relativa fattispecie e cioè il fine di non agire a scopo terapeutico...".

Quanto alla seconda questione sopra accennata, il ricorrente inequivocabilmente propone il tema della nozione di **malattia**, in relazione al reato di lesioni personali, nei termini che si sono, pur essi, sopra riportati. E la tematica al riguardo non può non investire, conseguentemente, la individuazione dell'elemento psicologico della condotta.

Le Sezioni Unite di questa Suprema Corte, con la richiamata sentenza n. 2437 del 18.12.2008, (Rv. 241752), hanno affermato il principio che "non integra il reato di lesione personale, ne' quello di violenza privata la condotta del medico che sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, nel caso in cui l'intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle "leges artis", si sia concluso con esito fausto, essendo da esso derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute del paziente, in riferimento anche alle eventuali alternative ipotizzatoli e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte dello stesso".

Infatti, hanno ritenuto, affrontando ex professo il quesito se abbia o meno rilevanza penale, sotto il profilo delle fattispecie di **lesioni personali o di violenza privata**, la condotta del medico che sottoponga il paziente, in mancanza di valido consenso informato, ad un trattamento chirurgico, pure eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis*, e cioè come indicato in sede scientifica per contrastare una patologia ed abbia raggiunto positivamente tale effetto, che dall'atto così eseguito non potesse dirsi derivata una malattia, giacché l'atto, pur se "anatomicamente" lesivo, non soltanto non avrebbe provocato - nel Quadro generale della "salute" del paziente - una diminuzione funzionale, ma sarebbe valso a risolvere la patologia da cui lo stesso era affetto, non può ritenersi integrato il delitto di cui all'art. 582 c.p.. proprio per difetto del relativo "evento".

Ma in quella sede **non è stata affrontata** specificamente la diversa ipotesi dell'intervento terapeutico che si sia risolto, invece, con **esito infausto**.

Ora, non è discutibile che l'attività medico-chirurgica, per essere legittima, presuppone il "consenso" del paziente, che non si identifica con quello di cui all'art. 50 c.p., ma costituisce un presupposto di liceità del trattamento: infatti, il medico, di regola ed al di fuori di taluni casi eccezionali (allorché il paziente non sia in grado per le sue condizioni di prestare un qualsiasi consenso o dissenso, ovvero, più in generale, ove sussistano le condizioni dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p.), non può intervenire senza il consenso o malgrado il dissenso del paziente. In questa

prospettiva, il consenso, per legittimare il trattamento terapeutico, deve essere "informato", cioè "espresso a seguito di una informazione completa, da parte del medico, dei possibili effetti negativi della terapia o dell'intervento chirurgico, con le possibili controindicazioni e l'indicazione della gravità degli effetti del trattamento. Il consenso informato, infatti, ha come contenuto concreto la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale.

Tale conclusione, fondata sul rispetto del diritto del singolo alla salute, tutelato dall'art. 32 Cost., (per il quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge), sta a significare che il criterio di disciplina della relazione medico - malato è quello della libera disponibilità del bene salute da parte del paziente in possesso delle capacità intellettive e volitive, secondo una totale autonomia di scelte che può comportare il sacrificio del bene stesso della vita e che deve essere sempre rispettata dal sanitario". In tal senso, del resto (lo ricorda anche la succitata sentenza delle Sezioni Unite di questa Suprema Corte), sono le indicazioni del codice deontologico della categoria professionale.

Peraltro, è stato affermato che "il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 Cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 Cost..." (così la precitata sentenza delle Sezioni Unite, che ha richiamato anche le "numerosi fonti internazionali" che "prevedono la necessità del consenso informato del paziente nell'ambito dei trattamenti sanitari" e "le diverse leggi nazionali che disciplinano specifiche attività mediche"; puntuali e del tutto esaustivi rilievi al riguardo sono anche contenuti nella sentenza della 1^a sezione civile di questa Suprema Corte del 16 ottobre 2007, n. 21748).

Quindi, se è vero che il consenso informato del paziente - salvi i già accennati casi di intervento obbligatorio per legge, di necessità o di impossibilità del paziente di interloquire sui prospettati percorsi terapeutici - rende lecito l'intervento terapeutico del medico, deve rilevarsi come non si possa al contempo addivenire a **soluzioni ermeneutiche che vanificano radicalmente tale principio**, assumendo che il medico sia comunque e sempre legittimato all'espletamento di quella attività terapeutica in ossequio al fine curativo perseguito in favore del paziente.

In caso di esito infausto dell'intervento terapeutico, il criterio di imputazione, potrà essere, invero, di carattere colposo qualora il sanitario, in assenza di valido consenso dell'ammalato, abbia effettuato l'intervento terapeutico nella convinzione, per negligenza o imprudenza a lui imputabile, della esistenza del consenso; ovvero nelle consuete ipotesi integranti la c.d. "colpa medica" come quelle di omissione di condotte tecnicamente doverose, assenza del necessario grado di perizia ovvero carenza dell'opportuna prudenza.

Ma si deve (cfr. Sez. 1, 29.5.2002, n. 26446, Rv. 222581) ritenere insuperabile l'espresso, libero e consapevole rifiuto eventualmente manifestato dal 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 tal caso, qualora l'esito dell'intervento, effettuato con il **dissenso** del paziente anche limitatamente alle modalità esecutive, sia risultato "infausto", quanto alle

conseguenze penali scaturenti da detto intervento terapeutico (escluso anche che la fattispecie possa rifluire nella previsione dell'art. 610 c.p.), viene in rilievo il disposto dell'**art. 582 c.p.**

Richiamando tale norma il concetto di malattia, le stesse Sezioni Unite (nella pregressa sentenza n. 9163 del 25.1.2005, Rv 230317) avevano ricordato e rilevato che "in alcune delle più autorevoli versioni dizionariistiche della lingua italiana, la malattia è definita come lo stato di sofferenza dell'organismo in toto o di sue parti, prodotto da una causa che lo danneggia, e il complesso dei fenomeni reattivi che ne derivano, ed elemento essenziale del concetto di malattia è la sua transitorietà, il suo andamento evolutivo verso un esito, che può essere, a seconda dei casi, la guarigione, la morte o l'adattamento a nuove condizioni di vita...".

Avevano, in particolare, ricordato che "la giurisprudenza di legittimità formatasi in riferimento all'art. 582 c.p. ha ritenuto che il concetto clinico di malattia richiede il concorso del requisito essenziale di una riduzione apprezzabile di funzionalità, a cui può anche non corrispondere una lesione anatomica, e di quello di un fatto morboso in evoluzione a breve o lunga scadenza, verso un esito che potrà essere la guarigione perfetta, l'adattamento a nuove condizioni di vita oppure la morte...; che esso comporti alterazioni organiche o funzionali sia pure di modesta entità... qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata... E questa Suprema Corte, affrontando il tema del significato del termine dal punto di vista etimologico... ha rilevato che quello di malattia indica un concetto dinamico, un modo di essere che in un certo momento ha avuto inizio...".

Tali approdi giurisprudenziali, reiteratamente espressi, erano, per vero, ritenuti del tutto consolidati. La stessa sentenza n. 2437/2009 delle Sezioni Unite da atto che la giurisprudenza di legittimità era "consolidata nell'affermare che, in tema di lesioni personali volontarie, costituisce malattia qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata, di lieve entità e non influente sulle condizioni organiche generali, onde lo stato di malattia perdura sino a quando è in atto il suddetto processo di alterazione..."; e ricorda anche che "la scienza medica può dirsi da tempo concorde... nell'intendere la malattia come un processo patologico evolutivo necessariamente accompagnato da una più o meno rilevante compromissione dell'assetto funzionale dell'organismo...".

E tuttavia, le Sezioni Unite, nella sentenza da ultimo citata, hanno ritenuto, come già accennato nell'ordinanza di rimessione, di ravvisare "una propensione al recepimento normativo della nozione funzionalistica della malattia", e di accedere alla conforme impostazione del concetto della stessa, che "non potrà non proiettarsi a coprire anche la conseguenza funzionale che dalla condotta illecita è derivata... Se, dunque, si cagiona sul derma dell'individuo una soluzione di continuo che (si riconosce) può integrare la nozione di lesione, ciò è ancora inconferente, sul versante del trattamento medico - chirurgico, agli effetti della integrazione del precetto, se ad essa non consegua una alterazione funzionale dell'organismo...".

Se n'è inferito che "l'atto operatorio in sè...rappresenta solo una porzione della condotta terapeutica, giacché essa, anche se ha preso avvio con quell'atto, potrà misurarsi, nelle sue conseguenze, soltanto in ragione degli esiti conclusivi che dall'intervento chirurgico sono scaturiti sul piano della salute complessiva del paziente che a quell'atto si è - di regola volontariamente - sottoposto". In sostanza, poiché la condotta del chirurgo "è rivolta a fini terapeutici, è sugli esiti dell'obiettivo terapeutico che andrà commisurata la correttezza dell'agere, in rapporto anche alle regole dell'arte...". In buona sostanza, cioè, non ci si discosta per quel che concerne l'esito

"infausto" dell'operazione chirurgica "abusivamente" eseguita in assenza di un corretto "consenso informato", dalla linea in precedenza seguita dalla Suprema Corte (Cass. pen. Sez. 1, 29.5.2002, n. 26446 Rv. 222581; Sez. 4, 16.1.2008, n. 11335, Rv. 238967).

Ma la medesima sentenza ha anche precisato che per "esito fausto" dovrà intendersi soltanto quel giudizio positivo sul miglioramento apprezzabile delle condizioni di salute del paziente, ragguagliato non soltanto alle regole proprie della scienza medica, ma anche alle alternative possibili, nelle quali devono necessariamente confluire le manifestazioni di volontà positivamente o indirettamente espresse dal paziente: ad evitare - quindi - che possa essere soltanto la "monologante" scelta del medico ad orientare e tracciare gli obiettivi terapeutici da perseguire, neglignendo ciò che il paziente abbia potuto indicare al riguardo.

Ove, invece, l'esito dell'intervento non sia stato fausto, nei termini predetti, "la condotta del sanitario, avendo cagionato una "malattia", realizzerà un fatto conforme al tipo: e rispetto ad essa potrà dunque operarsi lo scrutinio penale, nella ipotesi in cui, difettando il consenso informato, l'atto medico sia fuoriuscito dalla innanzi evidenziata "copertura costituzionale".

Orbene, **ragionando in termini compatibili con gli assunti delle Sezioni unite**, in caso di intervento infausto, potrebbe discutersi di responsabilità a titolo di lesioni volontarie o, in caso di morte, a titolo di omicidio preterintenzionale in presenza di comportamenti del medico **assolutamente anomali e distorti** e comunque **dissonanti rispetto alla finalità curativa** che deve caratterizzare il proprio approccio terapeutico.

Sono le situazioni in cui si accerti che il sanitario abbia agito pur essendo conscio che il suo intervento - poi causativo di danno o della morte del paziente - avrebbe prodotto una non necessaria menomazione dell'integrità fisica o psichica del paziente: esemplificando, nei casi in cui tale menomazione venga provocata, intenzionalmente, per scopi scientifici o di ricerca; nei casi di interventi demolitivi coscientemente inutili; nei casi in cui il medico proceda ad un'amputazione per curare una patologia che sa poter essere affrontata agevolmente con diversi mezzi terapeutici, ecc; o altri casi marginali, in cui non vi può esser dubbio circa la possibilità di ravvisare quell'atteggiamento psicologico doloso rispetto al fatto lesivo che legittima, a seconda degli esiti derivati, l'integrazione dei corrispondenti reati dolosi delle lesioni volontarie o dell'omicidio preterintenzionale. Analoga situazione si è verificata nel caso di specie.

Infatti, la consulenza disposta in 1^o grado, e così il giudice di merito, hanno ricollegato eziologicamente il residuo difetto visivo ad alterazioni corneali centrali cicatriziali, situazione di annebbiamento visivo e di facile abbagliamento, con riduzione del visus non correggibile ulteriormente con lenti, danno qualitativo e quantitativo all'integrità fisica di natura permanente alla condotta del sanitario che omise di eseguire gli esami preliminari indicati per la chirurgia con laser ad eccimeri, necessari sia per l'intervento lasik che PRK (risultando irrilevante la scelta del metodo essendo le due tecniche ritenute simili in termini di efficacia e predittività per la correzione delle miopie, indipendentemente dal grado presentato) ed avendo quindi omesso di valutare possibili controindicazioni all'operazioni chirurgica nonché tentando, con imprudenza ed imperizia, una correzione di un astigmatismo miopico composto obiettivamente molto elevato, prescindendo dalla conoscenza delle caratteristiche tipografiche e di spessore corneali, elementi fondamentali per decidere i parametri di esecuzione del trattamento laser.

Si tratta di una condotta anche qui **talmente anomala da esorbitare di gran lunga dai canoni della mera imprudenza, imperizia o negligenza**. A tanto deve aggiungersi il dato che la struttura sanitaria ove operò l'imputato non era attrezzata per l'intervento lasik ma solo per quello PRK, sicché era *ab origine* da escludere la possibilità della prima modalità esecutiva dell'intervento e di tanto non poteva essere ignaro il medico che vi operava.

Ciò implica che il consenso del paziente all'intervento non fu solo **invalido e non ritualmente informato**, ma nemmeno liberamente prestato, dovendosi riconoscere che "a monte" fu anche **fraudolentemente carpito**.

Dunque si è in cospetto di una anomalia della condotta del medico talmente grossolana da non consentire di ragionare in termini di mero eccesso colposo (art. 55 c.p.) finanche nell'erroneo presupposto dell'esistenza di una esimente (art. 59 c.p.), dovendosi necessariamente constatare che il medico travalicò gli estremi limiti di una condotta consapevolmente colposa (colpa cosciente) laddove fu piuttosto animato da una palese volontà che accettò pienamente ed in via preventiva il rischio dell'evento lesivo poi verificatosi (dolo eventuale). Conclusivamente, se il consenso del paziente funge da indefettibile presupposto di liceità del trattamento medico, con la conseguenza che la mancanza di un consenso opportunamente "informato" del malato, o la sua invalidità per altre ragioni, determina l'arbitrarietà del trattamento medico e la sua rilevanza penale, in ogni caso l'illiceità dell'intervento terapeutico del sanitario eseguito in difformità dal consenso prestato o in sua assenza, va posta in necessaria correlazione con l'esito infausto di esso alla stregua della pronuncia delle SS.UU. nella sentenza del 2009 sopra citata.

L'inquadramento di tale condotta sotto il profilo psicologico e la conseguente integrazione della fattispecie criminosa contestabile seguirà le connotazioni circostanziali del caso concreto, ma se tale intervento è stato posto in essere nella piena coscienza dell'esplicito dissenso del paziente o peggio, come nel caso di specie, carpandone il consenso in relazione ad una modalità esecutiva dell'intervento a priori oggettivamente non attuabile, deve ravvisarsi non solo la imprescindibile volontà di incidere sulla incolumità individuale, che è il bene protetto dalla norma, attraverso la necessaria e propedeutica lesione strumentale chirurgica, ma anche quella peculiare di procurare - quanto meno sotto il profilo della preventiva accettazione del rischio della sua verifica - il consequenziale evento dannoso finale, cioè quello non apprezzabile come fausto nei termini come sopra precisati dalla sentenza n. 2437 del 18.12.2008 delle Sezioni Unite.

Questo va, quindi, imputato a titolo di **dolo**, non di colpa (ravvisabile nel concreto espletamento dell'intervento terapeutico meramente non assentito, con esito infausto), non essendo richiesto per il reato di lesioni personali volontarie il dolo specifico e rimanendo, perciò, del tutto irrilevante che l'atto terapeutico, che ha cagionato la malattia finale, sia stato posto in essere al fine di guarirne altra o assicurare un più appagante assetto psico-fisico "sul piano della valutazione complessiva della salute": determinazioni, queste, peraltro, di esclusiva competenza del paziente.

Ne consegue la natura prettamente dolosa del reato quale originariamente contestato e l'annullamento dell'impugnata sentenza con rinvio al Giudice competente che si atterrà al principio di diritto per cui: la condotta del medico che intervenga con esito infausto su paziente che abbia espresso il dissenso nei confronti del tipo

d'intervento chirurgico rappresentatogli, deve essere qualificata come dolosa e non colposa.

P.Q.M.

Annulla l'impugnata sentenza e rinvia per nuovo giudizio al GUP del Tribunale di Sassari.

Dalla sentenza è stata tratta la seguente **massima ufficiale**: (Rv. 247341) Integra il reato di lesione personale dolosa la condotta del medico che sottoponga, con esito infausto, il paziente ad un trattamento chirurgico, al quale costui abbia espresso il proprio dissenso. (Fattispecie di intervento di chirurgia correttiva della vista con esito infausto, per il quale il consenso del paziente era stato carpito, prospettandogli una metodologia esecutiva non invasiva).

DOLO EVENTUALE E COLPA COSCIENTE

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Casistica relativa ai rapporti tra dolo eventuale e colpa cosciente. - 2.1. Caso rapporti sessuali non protetti e contagio da HIV. - 2.2. Caso guida spericolata in stato di ebbrezza o di alterazione psichica. - 2.3. Caso guida spericolata per l'inseguimento della Forze dell'ordine. - 3. Il recente intervento della Sezioni unite in tema di ricettazione.

1. Premessa.

In tema di rapporti tra dolo eventuale e colpa cosciente non è sempre agevole utilizzare le sentenze del S.C. come precedente, poiché non di rado il principio di diritto affermato è condizionato dalle peculiarità del caso concreto, la soluzione del quale è a sua volta caratterizzata da complessi problemi probatori ed è condizionata da forti istanze metagiuridiche. E' del resto ben noto che proprio in questa materia la giurisprudenza ha dovuto registrare la critica di avere talora stravolto le stesse categorie dogmatiche, ad esempio utilizzando la figura del dolo eventuale ad esempio per risolvere problemi di prova della volontà omicida ovvero ravvisando il dolo eventuale in casi in realtà caratterizzati da colpa grave.

Sui rapporti tra dolo eventuale e colpa cosciente è utile l'esame della giurisprudenza in tema di contagio da HIV ed in tema di lesioni o morte cagionate con una condotta di guida posta in essere in stato di alterazione dovuta all'assunzione di alcool o di stupefacenti o in uno stato di eccitazione emotiva o in un contesto di inseguimento delle Forze dell'ordine.

Su questa problematica va segnalata la recente sentenza Sez. un. 26.11.2009 Nocera, che ha affermato la compatibilità del dolo eventuale con il reato di ricettazione ed ha fornito del dolo eventuale una nozione restrittiva, recepita da una corrente dottrinale: secondo la Corte il dolo eventuale "è ravvisabile quando l'agente, rappresentandosi l'eventualità della provenienza delittuosa della cosa, non avrebbe agito diversamente anche se di tale provenienza avesse avuta la certezza". La peculiarità di tale sentenza è che in essa viene fornita una nozione di dolo eventuale che si afferma valida solo con riferimento al reato di ricettazione: una categoria di parte generale viene così ad assumere un contenuto diverso a seconda delle fattispecie alle quali viene applicata.

E' utile notare che l'analisi della giurisprudenza successiva al ricordato intervento delle Sez. un. evidenzia come nelle motivazioni di alcune sentenze relative a reati diversi dalla ricettazione (v. Cass., Sez. I, 01.02.2011, Vasile, sub 2.3), non manca il riferimento alla nozione di dolo eventuale elaborata dalle Sez. un., a conferma della tendenziale unitarietà della categoria.

2. Casistica relativa ai rapporti tra dolo eventuale e colpa cosciente.

2.1. Caso rapporti sessuali non protetti e contagio da HIV.

Cass., Sez. I, 14.6.2001 (3.8.2001), n. 30425/2001, Lucini, Rv 219952: La condotta del soggetto che, pur consapevole di essere affetto da AIDS, abbia contagiato il coniuge intrattenendo rapporti sessuali senza alcuna precauzione e senza informarlo dei rischi cui poteva andare incontro, sino a determinarne la morte, integra il reato di omicidio colposo aggravato dalla previsione dell'evento e non quello di omicidio volontario.

dalla motivazione:

Appare opportuno, per comodità espositiva, esaminare separatamente i ricorsi.

Il ricorso del P.G. di Brescia

Il tema centrale del gravame riguarda l'esatta individuazione dell'elemento psicologico del reato ascritto al L., che la Corte di appello ha individuato nella colpa con previsione e che invece l'impugnante ritiene debba essere ravvisato nel dolo, sia pure nella forma eventuale.

Il problema della individuazione dei criteri distintivi tra colpa cosciente e dolo eventuale è da tempo oggetto di attenzione da parte della dottrina, ma non appare opportuno riportare in questa sede tutte le teorie che sono state elaborate in proposito.

Appare invece più utile e proficuo un breve esame della giurisprudenza più recente di questa Corte, formata sul tema. Da tale esame, sia pure con qualche diversità di accenti e sfumature, emergono essenzialmente due principali filoni giurisprudenziali.

Il **primo**, decisamente prevalente, privilegia la tesi che l'elemento che differenzia il dolo eventuale dalla colpa con previsione dell'evento si basa sul cosiddetto criterio dell'**accettazione del rischio**: si afferma cioè che risponde a titolo di dolo l'agente che, pur non volendo l'evento, accetta il rischio che esso si verifichi come risultato della sua condotta, comportandosi anche "a costo di determinarlo", mentre risponde a titolo di colpa aggravata l'agente che, pur rappresentandosi l'evento come possibile risultato della sua condotta, agisce nella ragionevole speranza che esso non si verifichi.

In tal modo, si dice generalmente, accettare il rischio di produrre l'evento equivale a volerlo, e in tal modo si rispettano ed applicano le norme vigenti in tema di elemento psicologico (artt. 42 e 43 c.p.), che, ai fini della sussistenza del dolo, richiedono comunque come indefettibile l'esistenza dell'elemento volitivo sotto l'aspetto della consapevole volontarietà dell'evento.

In tale solco si inseriscono indubbiamente le seguenti sentenze, per alcune delle quali si riportano anche le massime:

"La linea di demarcazione tra dolo eventuale e colpa con previsione è individuata nel diverso atteggiamento psicologico dell'agente che, nel primo caso, accetta il rischio che si realizzi un evento diverso non direttamente voluto, mentre nella seconda ipotesi, nonostante l'identità di prospettiva, respinge il rischio, confidando nella propria capacità di controllare l'azione. Comune è, pertanto, la previsione dell'evento diverso da quello voluto, mentre ciò che diverge è l'accettazione o l'esclusione del rischio relativo". (Sez. 4^a, sent. n. 11024 del 20.12.1996, Boni).

"Il fondamento dell'imputazione dolosa, nel dolo eventuale, in cui l'attributo eventuale non concerne il dolo che deve sussistere ma il risultato possibile, per l'appunto eventuale, cui il dolo si riferisce, va ravvisato nell'accettazione da parte dell'agente della possibilità dell'evento, sia pure come risultato accessorio rispetto allo

scopo della sua condotta. Qualora l'agente abbia, invece, escluso tale possibilità, confidando di poterla evitare, si versa nella colpa cosciente che, se è caratterizzata dalla previsione dell'evento, postula che questo non sia stato voluto né accettato nell'ipotesi che si verifichi". (Sez. 1[^], sent. n. 7382 del 3.6.1993, Piga).

"L'elemento differenziatore fra dolo eventuale e colpa con previsione dell'evento si basa sul "criterio dell'accettazione del rischio",- risponde a titolo di dolo l'agente che, pur non volendo l'evento, accetta il rischio che esso si verifichi come risultato della sua condotta, comportandosi anche a costo di determinarlo; risponde, invece, a titolo di colpa aggravata l'agente che, pur rappresentandosi l'evento come possibile risultato della sua condotta, agisce nella ragionevole speranza che esso non si verifichi. (Sez. 1, sent. n. 4912 del 12.1.1989, Calò).

"Nel nostro sistema penale, la linea di demarcazione che separa il dolo (eventuale o alternativo) dalla colpa con previsione va ricercata nell'accettazione del rischio; per cui risponderà a titolo di dolo l'agente che, pur non volendo l'evento, accetta il rischio che esso si verifichi come risultato della sua condotta, comportandosi anche a costo di determinarlo; risponderà, invece, a titolo di colpa aggravata l'agente che, pur rappresentandosi l'evento come possibile risultato della sua condotta, agisce nella ragionevole speranza che esso non si verifichi" (Sez. 5[^], sent. n. 13274 del 17.10.1986, Asquino).

Il **secondo**, pur non escludendo del tutto l'aspetto del rischio, pone tuttavia l'accento sulla **prevedibilità** dell'evento, ed afferma che si ha dolo eventuale nel caso in cui il verificarsi dell'evento si presenti come **concretamente possibile**, mentre si versa in ipotesi di colpa cosciente allorché la verificabilità dell'evento rimane un'**ipotesi astratta**. L'aspetto dell'accettazione del rischio rimane relegato in secondo piano come un elemento implicito nella volizione dell'azione.

Appartengono a tale filone giurisprudenziale le seguenti sentenze, delle quali si riportano le massime:

"Il dato differenziale tra dolo eventuale e colpa cosciente va rinvenuto nella previsione dell'evento. Questa, nel dolo eventuale, si propone non come incerta, ma come concretamente possibile e l'agente nella volizione dell'azione ne accetta il rischio, così che la volontà investe anche l'evento rappresentato. Nella colpa cosciente la verificabilità dell'evento rimane un'ipotesi astratta che nella coscienza dell'autore non viene concepita come concretamente realizzabile e, pertanto, non è in alcun modo voluta". (Sez. 1[^], sent. n. 832 dell'8.11.1995, Piccolo).

"Il dato differenziale tra dolo eventuale e colpa cosciente, prima ancora che nell'elemento volitivo, sta nella previsione del fatto di reato che, nel caso di dolo eventuale, si propone come incerto ma concretamente possibile e, per conseguenza, ne viene accettato il rischio; nel caso di colpa con previsione, invece, la verificabilità dell'evento rimane come ipotesi astratta che, nella coscienza dell'agente, non viene percepita come concretamente realizzabile e perciò non può essere, in qualsiasi modo, voluta." (Sez. 1[^], sent. n. 4583 del 21.04.1994, Giordano).

"Il dato differenziale tra dolo eventuale e colpa cosciente, prima ancora che nel momento volitivo, sta nella previsione del fatto di reato che, nel dolo eventuale, si propone come incerto ma concretamente possibile e, per conseguenza, ne viene accettato il rischio. Nella colpa con previsione, invece, la verificabilità dell'evento rimane come ipotesi astratta, che nella coscienza dell'agente non viene percepita come concretamente realizzabile e perciò non può essere, in qualsiasi modo, voluta. Nella pratica è possibile individuare il discrimine tra le due forme di elemento del reato

attraverso l'analisi approfondita della condotta dell'agente, nel contesto delle circostanze del caso concreto. (Sez. 1[^], sent. n. 5527 del 28.1.1991, Caporaso).

Vi sono poi alcune **correnti giurisprudenziali minori**.

Una di esse fa riferimento al cosiddetto criterio dell'**indifferenza**: "In tema di omicidio, si configura la colpa con previsione allorché il soggetto si pone in una concreta situazione di indifferenza rispetto all'evento, sperando che esso non abbia a realizzarsi ritenendolo evitabile per abilità personale o per intervento di altri fattori. Si configura, invece, il dolo eventuale allorché l'agente si rappresenta due determinate conseguenze della sua condotta, entrambe volute come possibili o probabili come effetto del rischio della sua attività." (Sez. 4[^], sent. n. 27 del 5.10.1987, Margheri).

Un'altra ritiene comunque indispensabile l'accertamento della **reale previsione e volizione dell'evento**: "Al fine di accertare la ricorrenza del dolo eventuale o della colpa con previsione dell'evento non é sufficiente il rilievo che l'evento stesso si presenti come obiettivamente prevedibile, dovendosi avere riguardo alla reale previsione e volizione di esso ovvero all'imprudente o negligente valutazione delle circostanze di fatto. Ne consegue che non può rispondere di lesioni volontarie, sulla base esclusiva dell'obiettiva prevedibilità dell'evento, il militare che avendo rovesciato dal suo letto un commilitone, ne abbia provocato l'urto violento contro il muro e una conseguente commozione cerebrale. Sez. 1[^], sent. n. 6581 del 15.7.1988), Sartori).

Dal breve excursus come sopra compiuto emerge con chiarezza che, qualunque sia l'angolo visuale da cui ci si pone, viene sempre ritenuta indispensabile, per un verso o per l'altro, l'indagine sull'effettivo atteggiarsi della volontà dell'agente e il modo in cui egli si sia rapportato rispetto all'evento.

Quando il soggetto non ha agito proprio allo scopo di determinare un certo evento (nel qual caso si è in presenza del dolo intenzionale), perché esso sia comunque a lui addebitabile a titolo di dolo eventuale, occorre sempre verificare l'esistenza nell'agente di un atteggiamento psicologico che riconduca in qualche modo l'evento nella sfera della volizione del medesimo, come quando, ad esempio egli si rappresenti l'evento come concretamente probabile e tuttavia egli agisca, accettando il rischio del suo verificarsi. In altre parole, il dolo va qualificato come "eventuale" quando vi sia la **rappresentazione nell'agente della probabilità o della semplice possibilità** del verificarsi dell'evento letale come conseguenza della condotta medesima ed il rischio di quella verifica sia stato accettato con l'attuazione della condotta (v., in proposito Cass., Sez. Un., sent. n. 3428 del 6.12.1991, Casu).

Quando invece il soggetto, pur essendosi rappresentato l'evento come possibile, abbia agito nella **convizione**, giusta o sbagliata che sia, che l'evento non si sarebbe comunque verificato, esso non può essere attribuito alla sua sfera volitiva e si cade nel versante della colpa aggravata dalla previsione dell'evento. Nella colpa cosciente il verificarsi dell'evento rimane un'ipotesi astratta che nella coscienza dell'autore non viene percepita come concretamente realizzabile e pertanto non è in alcun modo "voluta".

In termini molto più semplici, si può dire che, mentre il dolo presuppone sempre la esistenza, in una forma o nell'altra, della **volontà** del soggetto, l'essenza della colpa consiste invece in un atteggiamento di trascuratezza e di avventatezza nell'agire.

Ciò anche per la ragione che il nostro legislatore ha ripudiato la teoria della rappresentazione ed ha scelto quella della volontà, nel senso che, ai fini della

sussistenza del dolo, non basta rappresentarsi un evento come possibile conseguenza della propria azione, ma è necessario "volere", nel senso sopra chiarito, i risultati della propria condotta.

Come è evidente, non si possono stabilire dei criteri che valgano indistintamente per tutti i casi, essendo il giudice chiamato a svolgere, di volta in volta, un'**indagine approfondita** al fine di verificare quale, nel caso specifico, sia stato l'**atteggiamento psicologico dell'agente**. Si tratta chiaramente di un'indagine di fatto i cui risultati, qualora sorretti da adeguata motivazione, sfuggono a qualsiasi controllo in sede di legittimità.

Non esistono comunque **precedenti giurisprudenziali** di questa Corte sul problema sollevato dal caso in esame.

La riflessione giuridico-culturale in ordine ai casi di infezione dovuta a rapporti sessuali tra partners, dei quali uno sia sieropositivo da HIV o affetto da AIDS conclamata, non pare sia stata adeguatamente sviluppata e, alla stregua del sistema normativo vigente e alle fattispecie incriminatrici attualmente applicabili (l'omicidio e la lesione personale), la repressione penale appare sotto alcuni aspetti inadeguata e comunque foriera di non pochi problemi sia interpretativi che applicativi, stante la seria difficoltà di individuare esattamente l'atteggiamento psicologico di colui che abbia causato il contagio.

La proposta di introdurre fattispecie criminose specifiche, da modellare strutturalmente in modo da prescindere dalla indagine sulla natura dell'elemento psicologico, sulla scia della vecchia norma contenuta nell'abrogato art. 554 c.p., che puniva il contagio di sifilide e blenorragia, non è certo da scartare a priori.

Ma - a prescindere dalla opportunità o meno di affidare al diritto penale il compito di formulare norme di condotta in materia di pratiche sessuali a rischio, interferendo nella sfera intima delle persone e condizionandone i comportamenti sessuali - rimarrebbe comunque il problema di bilanciare le contrapposte esigenze della repressione penale di condotte connotate da alto disvalore sociale e del mantenimento di adeguati spazi di libertà nei rapporti interpersonali, laddove forse potrebbe apparire più conveniente la scelta di strategie di intervento sul terreno della prevenzione sociale.

Passando all'esame specifico del **caso** che ci occupa, mentre i giudici di primo grado hanno ritenuto che il comportamento sessuale dell'imputato (la reiterazione dei rapporti sessuali, ma soprattutto la mancata adozione di misure precauzionali durante gli stessi) risultava indicativo di un atteggiamento tipicamente "doloso" nel senso sopra specificato, non potendosi sostenere l'ipotesi che egli non si fosse rappresentata l'**alta probabilità** della morte della moglie a causa del contagio, quelli di seconde cure hanno invece ritenuto di poter ravvisare nell'atteggiamento dell'imputato un vero e proprio fenomeno di **rimozione** e di **allontanamento psicologico** dell'eventualità del contagio e della susseguente possibilità di morte della consorte.

I primi giudici hanno basato il loro convincimento sulla considerazione che l'imputato, nonostante fosse consapevole della sua malattia e avesse piena cognizione dei rischi ad essa connessi, aveva nascosto alla propria moglie la propria condizione di sieropositivo per ben dieci anni; aveva abbandonato la donna al suo destino dopo il di

lei ricovero in ospedale, fuggendo in Centro America; ed era tornato in Italia, dopo la morte della predetta, solo quando anche le sue condizioni di salute si erano aggravate.

La Corte territoriale ha invece fondato il suo giudizio su una operazione di introspezione psicologica dell'imputato, da cui, scandagliando le dinamiche che interne alla sua psiche alla stregua delle sue cognizioni e delle sue qualità caratteriali, ha tratto la convinzione che egli fosse pervenuto al convincimento che, nonostante tutto, alla moglie non sarebbe accaduto nulla di male, anche perché le sue condizioni di salute erano rimaste stabili per molti anni su un livello di discreto benessere.

Non bisogna per altro trascurare la considerazione che, nel caso in cui l'azione direttamente voluta si configuri, non già come costituente di per sè reato da cui derivi altro e diverso evento dannoso, ma come lecita o indifferente per l'ordinamento giuridico, l'indagine sul reale atteggiamento psicologico dell'agente dev'essere particolarmente rigorosa e penetrante, dovendosi ravvisare il dolo eventuale qualora si ravvisi la prova che l'agente ha accettato consapevolmente il rischio del verificarsi dell'evento dannoso; e ritenere la sussistenza della colpa con previsione quando si accerti che, per trascuratezza o insipienza, l'evento sia legato ad una imprudente o negligente valutazione delle circostanze da parte del soggetto attivo.

Le doglianze del Procuratore Generale di Brescia si pongono essenzialmente sulla medesima lunghezza d'onda delle considerazioni svolte dal tribunale, cercando di negare validità e conducenza a quelle svolte dai giudici dell'appello.

A prescindere però dai problemi legati alla individuazione della prova, cui la corte territoriale ha pur fatto riferimento, e dalla considerazione che il problema della individuazione del dolo finisce inevitabilmente con lo scontrarsi con quello del suo accertamento, i secondi giudici hanno dato piena contezza dei loro convincimenti mediante una motivazione ampia, articolata e convincente, che, contrariamente a quanto dedotto dal P.G. ricorrente, non presenta né aspetti di illogicità e di incongruenza né, tanto meno, errori di carattere giuridico.

In particolare, hanno spiegato come nella specie l'imputato doveva rispondere della morte della moglie a titolo di colpa, aggravata dalla previsione dell'evento, in quanto egli, pur rappresentandosi esso evento come possibile risultato della sua condotta, aveva sempre agito confidando che il contagio avrebbe potuto anche non avvenire ed escludendo che la salute della moglie potesse subire dei danni.

Ciò, in quanto, anche in base al suo modesto livello culturale e nonostante le informazioni avute dai medici nella pochissime occasioni nelle quali egli li aveva consultati, aveva maturato la convinzione, poggiante sulla considerazione che il suo stato di salute non aveva negli anni subito alcun processo peggiorativo e godeva, tutto sommato, "buona salute", che niente di male avrebbe potuto succedere alla moglie.

Si è altresì spiegato che anche la sua abnorme reazione e la sua successiva fuga (che in effetti altro non era se non una fuga dalla realtà) alla notizia che la moglie si era infettata e si trovava ormai nello stadio di AIDS conclamata, si spiega con il fatto che egli immaginava che la stessa sarebbe rimasta, al massimo, come era accaduto a lui per molti anni, in uno innocuo stato di sieropositività, non suscettibile di evoluzione *in peius*, ed è stato colto del tutto impreparato dal punto di vista psicologico dalla grave notizia, dato che non si aspettava affatto che la vicenda sfociasse in un esito così drammatico.

Si tratta di considerazioni del tutto plausibili, saldamente agganciate agli elementi processuali, correttamente applicative di principi reiteratamente affermati da questa

Corte, e delle quali i giudici dell'appello hanno reso compiuta ragione nel discorso motivazionale in proposito offerto.

Non possono quindi condividersi le doglianze del P.G. di Brescia, secondo cui, avuto riguardo al comportamento dell'imputato, era ravvisabile nella specie la prova della consapevolezza, da parte del medesimo, che il rischio di contagio rientrava nell'ambito della quasi certezza, sicché non poteva relegarsi in dubbio la direzione della sua volontà, sotto il profilo dell'accettazione piena del rischio, verso l'evento mortale.

Le altre considerazioni svolte dal P.G. ricorrente sono poi, a ben vedere, prevalentemente di tipo fattuale, in quanto osservazioni che propongono una rivalutazione in chiave diversa delle risultanze già valutate in sede di merito, con il lamentare che la corte territoriale aveva manifestato un diverso avviso attraverso una erronea interpretazione degli elementi di prova acquisiti e non avrebbe tenuto conto di alcuni elementi che invece, a parere del ricorrente, avrebbero dovuto condurla a conclusioni diverse.

Come è evidente, ai sensi dell'art. 606 c.p.p. è da escludere che in sede di legittimità si possa procedere ad una rivisitazione degli elementi fattuali della vicenda e valutare il significato e la portata degli elementi di prova, se non attraverso la prospettazione di aspetti di illogicità, risultanti dal testo del provvedimento impugnato, che il ricorrente non ha segnalato e che non sono in alcun modo ravvisabili nella motivazione della sentenza impugnata.

Questa Corte ha più volte chiarito che "L'indagine di legittimità sul discorso giustificativo della decisione ha un orizzonte circoscritto, dovendo il sindacato demandato alla Corte di Cassazione essere limitato - per espressa volontà del legislatore - a riscontrare l'esistenza di un logico apparato argomentativo sui vari punti della decisione impugnata, senza possibilità di verificare l'adeguatezza delle argomentazioni di cui il giudice di merito si è avvalso per sostanziare il suo convincimento, o la loro rispondenza alle acquisizioni processuali. Esula, infatti, dai poteri della Corte di Cassazione quello di una "rilettura" degli elementi di fatto posti a fondamento della decisione, la cui valutazione è, in via esclusiva, riservata al giudice di merito, senza che possa integrare il vizio di legittimità la mera prospettazione di una diversa, e per il ricorrente più adeguata, valutazione delle risultanze processuali". (Sez. Un., sent. n. 6402 del 02.07.1997, Dessimone).

Alla stregua delle considerazioni che precedono il ricorso del P.G. di Brescia va respinto.

Il ricorso dell'imputato

Parimenti meritevole di rigetto appare il gravame proposto dall'imputato.

1. (...)

2. Con il secondo motivo di gravame il ricorrente ha lamentato violazione di legge, sotto il profilo che il fatto era stato erroneamente inquadrato sul piano giuridico come omicidio colposo anziché come lesioni colpose, dal momento che si sarebbe dovuto ritenere come direttamente collegato alla condotta dell'imputato l'evento-contagio e non l'evento-morte, essendo quest'ultimo dipeso in via diretta dal contagio e solo in via mediata e indiretta dal suo comportamento omissivo.

Ha dedotto in proposito il ricorrente che, avuto riguardo all'ampio arco temporale durante il quale l'imputato e la moglie ebbero rapporti sessuali e si articolavano contestualmente le sue condotte attive ed omissive, ai fini della individuazione della sua responsabilità, poteva avere rilievo soltanto il rapporto sessuale nel corso del quale

ebbe a determinarsi il contagio, mentre tutti gli altri non potevano avere alcun rilievo sotto il profilo della causazione del relativo evento e, a maggior ragione dell'evento-morte. Anzi, potendosi ragionevolmente supporre che la C. sia stata contagiata dal marito sin dai primi rapporti sessuali con lui intrattenuti, qualora l'infezione da virus HIV fosse stata scoperta per tempo e la donna avesse potuto ricorrere alle cure necessarie, il L. sarebbe stato chiamato a rispondere soltanto di lesioni (dolose o colpose) e, se la donna fosse successivamente morta, il predetto non avrebbe potuto subire alcuna condanna per omicidio.

Il ragionamento, abilmente formulato, nasconde però delle incongruenze e appare, ad un attento esame, sostanzialmente capzioso, oltre che contraddittorio.

Vero è infatti che, da un certo punto di vista, è il cosiddetto evento-contagio la conseguenza diretta e immediata della condotta dell'imputato. Ma, in assenza di una qualsiasi iniziativa del medesimo volta a rendere la propria moglie edotta della sua reale condizione di sieropositivo, e in considerazione del fatto che egli pose la stessa, una volta infettatasi, nella condizione di contrarre la sindrome da AIDS con gravi rischi per la propria vita, anche l'evento-morte non poteva che ricondursi, come causa ad effetto, alla sua condotta omissiva.

Il nesso eziologico tra il suo silenzio e la morte della C. non può essere negato facendo ricorso ad una finzione, come quella prospettata dal ricorrente, secondo cui, nel caso in cui la donna avesse scoperto tutto, avrebbe potuto denunciare il marito, curarsi e probabilmente salvarsi.

Fatto si è che invece la C., grazie al persistente silenzio del marito - il quale le impedì non soltanto di conoscere la verità, ma, quel che è più importante e decisivo, persino di curarsi adeguatamente - pervenne a morte, sicché non è consentito, come pretende il ricorrente, frapporre uno iato tra il contagio e la morte della donna, e addebitare al L. soltanto il primo, ma non anche il secondo evento.

Così argomentando, si finirebbe con il rappresentare la morte della donna, contrariamente al reale svolgimento dei fatti, come un evento totalmente avulso dal processo causativo, processo che ebbe innegabilmente origine dal comportamento negligenemente omissivo dell'imputato, e che determinò prima il contagio come tappa intermedia, e poi la morte come esito finale.

Per tale ragione, appare quanto meno azzardato affermare che l'imputato avesse previsto il contagio, ma non si fosse rappresentato l'evento morte come una possibilità, sia pure astratta e ipotetica, comunque legata al suo agire.

Ciò anche perché, ove si volesse ammettere tale ipotesi, si incorrerebbe in una alternativa logica insuperabile: infatti, o si dovrebbe ritenere che egli, avendo accettato il rischio del contagio, debba rispondere di lesioni volontarie gravissime, oppure, per converso, si dovrebbe affermare, per coerenza logica, che egli non si è rappresentato neanche la possibilità di tale evento minore, per cui - ed è qui che la tesi prospettata mostra tutta la sua incongruenza - egli non dovrebbe neanche rispondere di lesioni; affermazione che neppure il ricorrente si è sentito di fare. (...)"

giudici di merito:

T Cremona, 14.10.1999, Lucini (RIDPP 2001, 299): "Risponde di omicidio volontario a titolo di dolo eventuale il soggetto sieropositivo che, nel quadro di una relazione esclusiva di finanziamento e, in seguito, di matrimonio, pratica ripetuti rapporti sessuali non protetti con il partner ignaro, nella piena consapevolezza del

proprio stato di salute e delle modalità di trasmissione del virus, accettando l'elevato rischio, non soltanto del contagio, ma anche del probabile esito letale dell'eventuale infezione"

C. Ass. App. Brescia, 26.9.2000, Lucini (FI 2001, II, 285): "Risponde di omicidio colposo aggravato dalla previsione dell'evento colui che, consapevole del proprio stato di sieropositività e della possibilità di contagio del virus Hiv per via sessuale, intrattiene con la propria ignara moglie, nel corso di una relazione esclusiva di fidanzamento e poi di matrimonio durata per circa dieci anni, una pluralità di rapporti sessuali non protetti, senza che sia stata però raggiunta la prova di una sufficiente rappresentazione, in capo a lui, dell'alto rischio di trasmissione e - una volta trasmessa - di decorso mortale della malattia, né di una disponibilità interiore, assimilabile ad un atteggiamento psicologico volontaristico, ad accettare l'evento negativo".

Cass., Sez. V, 17.9.2008 (01.12.2008), n. 44712/08, Dall'Olio, Rv. 242610: Sussiste il dolo eventuale e non la colpa cosciente qualora l'agente non solo si sia rappresentato il concreto rischio del verificarsi dell'evento, ma lo abbia anche accettato, nel senso che si sia determinato ad agire anche a costo di cagionarlo. (In applicazione di questo principio la S.C. ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il giudice di merito ha affermato la responsabilità, a titolo di dolo dal reato di lesioni personali gravissime, di una donna che, consapevole di essere affetta da sindrome di HIV, aveva ciò nonostante intrattenuto per lunghi anni rapporti sessuali con il proprio partner, senza avvertirlo del pericolo e così finendo per trasmettergli il virus della suddetta malattia).

2.2. Caso guida spericolata in stato di ebbrezza o di alterazione psichica.

Cass., Sez. IV, 10.02.2009 (25.03.2009), n. 13083/09, Bodac, Rv 242979: Il dolo eventuale si differenzia dalla colpa cosciente per la previsione dell'evento come concretamente e non solo astrattamente realizzabile, talché, in mancanza dell'autonoma prova di tale circostanza, non è possibile ritenere che l'agente abbia voluto l'evento, a meno di non voler affermare sempre l'esistenza di un dolo *in re ipsa* per il solo fatto della consumazione di una condotta rimproverabile. (Fattispecie in cui la Corte ha qualificato come omicidio colposo - e non volontario con dolo eventuale - il fatto dell'uccisione di un pedone investito dal veicolo condotto da soggetto in stato d'ebbrezza che viaggiava a velocità sostenuta in un centro urbano).

Cass., Sez. IV, 18.02.2010 (24.02.2010), n. 11222/10, Lucidi (non massimata): Per ritenere la sussistenza del dolo eventuale, che l'agente abbia accettato come possibile la verificazione dell'evento, non soltanto che abbia accettato una situazione di pericolo genericamente sussistente: ed è, altresì, necessario un *quid pluris* rispetto alla sola previsione dell'evento (che pure caratterizza la colpa cosciente), cioè l'accettazione, *hic et nunc*, della concreta probabilità che questo, ancorché non direttamente voluto, abbia a realizzarsi, non desistendo l'agente dalla sua condotta, che continua ad essere dispiegata anche a costo di determinare l'evento medesimo.

dalla motivazione:

Svolgimento del processo

1.0. Il 26 novembre 2008 il G.I.P. del Tribunale di Roma, a seguito di giudizio abbreviato, condannava S.L., riconosciutegli le attenuanti generiche, alla pena di anni dieci di reclusione ed alle relative pene

accessorie di legge per imputazione di cui all'art. 575 c.p.; lo condannava, altresì, al risarcimento del danno, da liquidarsi in separata sede, in favore delle costituite parti civili (..); rigettava analoga istanza risarcitoria proposta dalla Associazione Italiana Vittime della Strada ONLUS.

1.1. All'imputato si era contestato il predetto titolo di reato, perché in Roma, il 23 maggio 2008, *“in assenza di autorizzazione a condurre veicoli, alla guida dell'autovettura marca Mercedes ..., procedendo a velocità particolarmente elevata durante l'attraversamento dell'incrocio sito in Via Nomentana, all'altezza dell'intersezione con Viale Regina Margherita, nonostante il semaforo segnalasse luce rossa e si trovasse in un centro abitato, accettava il prevedibile rischio di collisione con altri veicoli provenienti da altra direzione che avrebbero potuto interessare, contestualmente allo stesso, la predetta intersezione, in ragione della luce verde che appariva alla vista di questi ultimi, rappresentandosi altresì che a seguito di incidente la violenza dell'urto originato dalla sua condotta potesse cagionare gravissime lesioni o comunque la morte di altri utenti della strada, decideva comunque di attraversare l'incrocio di cui sopra venendo in collisione con il motociclo ... condotto da G.A. con a bordo il passeggero G.F., che interessava il medesimo incrocio con semaforo verde, procurando così agli stessi lesioni gravissime, dalle quali derivava la morte della G.F. e del G.A.”.*

1.2. Il giudice ricordava che l'incidente si era verificato verso le ore 22,30; l'area di intersezione tra Via Nomentana e Viale Regina Margherita era regolato da impianto semaforico a giraffa, l'illuminazione pubblica era funzionante ed efficiente; il conducente dell'auto che aveva investito i due motociclisti non si era fermato dopo l'incidente ed era stato successivamente identificato nel S.L., accertandosi anche che egli si trovava, nella circostanza, alla guida di un'autovettura Mercedes sulla quale viaggiava anche V.G., ed i due avevano avuto quella sera una animata discussione circa il rapporto affettivo che li aveva legati. Il S.L., una volta identificato, era stato sottoposto a fermo e nei suoi confronti era stata richiesta la misura della custodia cautelare in carcere per omicidio doloso; il G.I.P. aveva convalidato il fermo ed aveva applicato la misura cautelare richiesta, qualificando però il fatto di reato come omicidio colposo plurimo aggravato dalla previsione dell'evento.

Richiamate le acquisite deposizioni testimoniali e gli esiti di disposte indagini tecniche, rilevava il giudice che la velocità nella circostanza serbata dall'auto investitrice era *“non inferiore, ma semmai superiore ... a 90 km/h. ... stimata in termini di 90-96 km. all'ora ...”*, mentre, quanto al ciclomotore, *“dagli esiti dell'urto era possibile stimare la velocità tra i 40 e i 50 km. orari”*; doveva ritenersi certo che al momento in cui il S.L. aveva impegnato quella intersezione il semaforo mostrava la luce rossa, contrariamente a quanto al riguardo sostenuto dall'imputato, che aveva dichiarato che il semaforo, invece, aveva luce arancione. Riteneva, quindi, accertata *“una condotta di guida del conducente della vettura Mercedes assolutamente spericolata, un'andatura estremamente elevata...”*.

Quanto alla qualificazione giuridica del fatto, richiamava i principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità sulla differenza tra dolo eventuale e colpa cosciente e riteneva la sussistenza del primo di tali profili psicologici, rilevando che *“l'imputato, alla guida di un'autovettura di grossa cilindrata, attraversando un incrocio in zona centrale della capitale, in orario in cui era elevata la circolazione pedonale e veicolare ..., procedendo a velocità estremamente elevata, non inferiore ai 90 km orari, attraversando consecutivamente due incroci nonostante il semaforo nella sua direzione di marcia indicasse luce rossa, si è evidentemente rappresentato il rischio di incidenti, anche con possibili gravi conseguenze. Ciò nonostante non ha desistito dalla sua folle condotta di guida, accettando almeno in parte il rischio di un evento drammatico ... Neppure dopo l'impatto l'imputato si è fermato; ha continuato la sua folle corsa, spostandosi sulla corsia laterale di Via Nomentana per darsi alla fuga ... Non può dunque dubitarsi della direzione della sua volontà, sotto il profilo dell'accettazione del rischio, verso l'evento mortale. L'imputato ha coscientemente e consapevolmente posto in essere una condotta di guida che costituiva con palese evidenza un gravissimo pericolo per gli altri utenti della strada, ponendosi in una condizione nella quale sarebbe stato impossibile per chiunque effettuare manovre di emergenza ... In quelle circostanze, a quella velocità e in presenza di impianto semaforico indicante luce rossa da oltre un secondo, nel momento in cui impegnava l'incrocio l'imputato non poteva confidare sulla possibilità di effettuare alcuna manovra di emergenza... La condizione psicologica in cui si trovava il S.L. mentre era alla guida della vettura era di assoluta noncuranza per la vita umana...”*.

1.3. Sul gravame dell'imputato, la Corte di Assise di Appello di Roma, con sentenza del 18 giugno 2009, riteneva il fatto sussumibile nella diversa ipotesi di reato di cui agli artt. 589, 2° comma, e 61, n. 3, c.p., e, con le già riconosciute attenuanti generiche ritenute equivalenti alla contestata aggravante, riduceva, conseguentemente la pena ad anni cinque di reclusione, confermando nel resto; disponeva la trasmissione degli atti al Pubblico Ministero in ordine al reato di omissione di soccorso.

1.4. I giudici dell'appello, richiamati anch'essi i principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità in materia, rilevavano, fra l'altro, che l'inciso contenuto nell'art. 43 c.p. –“... *quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente*”– mostra che “*è necessario un qualche cosa in più perché, a partire dalla previsione dell'evento, sia attinta la soglia del dolo, sia pure nella forma del dolo eventuale ...*”; e che “*occorre distinguere la volontà dell'evento dannoso ... dalla volontà di non osservare le leggi, regolamenti, ordini o discipline che quell'evento sono intesi ad evitare ...*”.

Osservavano che “*il giudice dell'udienza preliminare ... ha fatto leva sulla gravità delle violazioni come parametro, pressoché esclusivo, alla stregua del quale ha, poi, desunto che l'imputato ha inteso agire 'a rischio' di cagionare l'evento, e, perciò, in tal senso, 'volendo' la morte di una persona ...*”. Posto che “*il primo giudice considera il comportamento dell'agente incompatibile con una ragionevole previsione di scongiurare l'evento verificatosi ...*”, rilevavano che “*una previsione irragionevole connota una colpa generica che può unirsi a quella specifica ma non fa trasmigrare la fattispecie dall'area della colpa a quella del dolo ...*”.

Ricordate alcune conclusioni cui era pervenuto il consulente tecnico del P.M., secondo cui “*l'imputato procedeva alla cieca e percepì a fulmine la presenza del ciclomotore quando null'altro poteva fare*”, si chiedevano “*dove allora collocare quel nismus cosciente, quell'impulso che avrebbe portato, dopo aver percepito in concreto la presenza del ciclomotore, ovvero di qualsiasi altro mezzo, a comunque procedere 'a rischio' di travolgere quei mezzi che impegnavano l'incrocio*”.

Consideravano che “*la persona più prossima al punto di vista dell'imputato ... testimonia ... del tempo intercorso tra percezione e 'botto', eventi separati da un battito di ciglia. Un tempo incompatibile con quel quid di cosciente, con quella decisione di 'rischiare' che è necessario intestare all'imputato per poter, poi, a lui riferire l'omicidio a titolo di dolo eventuale. Né si può far retroagire la collocazione di un tale momento decisionale alla fase antecedente, a quando l'imputato iniziò a superare la teoria dei veicoli fermi al rosso, o, ancor prima, alla, altrettanto scorretta, tenuta di guida antecedente ..., perché in questo caso si incorrerebbe nella impossibilità di connotare la previsione dell'evento con quella concretezza che... è requisito essenziale perché possa mobilitarsi... la categoria del dolo eventuale ...*”.

2.0. Avverso tale sentenza hanno proposto ricorsi il Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte di Appello di Roma e, per mezzo del difensore, la parte civile Associazione Italiana Familiari e Vittime della Strada ONLUS.

2.1. Il Procuratore Generale, con unico motivo, deduce la violazione dell'art. 575, in relazione agli artt. 42 e 43 c.p., e mancanza, contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione.

Premette che “*la norma astratta risponde alle esigenze ed alle pulsioni sociali del momento storico in cui viene posta*” e che “*spetta al giudice, soprattutto laddove il legislatore non sia intervenuto sollecitamente, il delicato compito di modularla via via per adattarla all'incessante mutare del vivere civile ...*” e “*tipico esempio della sensibilità evolutiva della Corte di Cassazione è costituito dal dolo eventuale...*”.

A proposito di questo, rileva che “*maggiori difficoltà comporta, indubbiamente, la identificazione dell'elemento dell'accettazione del rischio*”; “*il giudice dovrebbe ... porsi la domanda: l'uomo medio in quelle circostanze si sarebbe rappresentato il rischio e lo avrebbe accettato? Ovvero, pur rappresentandosi il rischio, sarebbe stato certo di non cagionare l'evento?*”. Assume che “*la trasformazione della società impone una correlata e adeguata interpretazione della norma che disciplina il delitto di omicidio volontario con dolo eventuale nel corso di circolazione stradale... La tendenza alla deresponsabilizzazione in colposa della criminalità omicidiaria stradale ha costituito, sinora, un dato consolidato sia nella giurisprudenza sia nelle scelte legislative ...*”.

Rileva, indi, che “*il primo giudice, con una pronuncia improntata ad elevatissima sensibilità sociale, aveva avuto il coraggio di tracciare un nuovo percorso interpretativo, che la Corte di Assise di Appello ha ritenuto di cancellare ...*”.

Ricorda che S.L. era “*assuntore di cocaina e tossicodipendente e che, proprio in considerazione del suo stato di tossicodipendente e delle alterazioni psicofisiche conseguenti, era stato privato della patente di guida*” e “*tuttavia continuava a guidare abitualmente ... una potente autovettura*”; nella circostanza per la quale è causa, egli, “*in preda all'ira contro la Giordano, rea di aver deciso la recisione della loro relazione, ha impugnato il volante della sua potente autovettura, manovrandola come un missile da scagliare contro tutti e contro tutto ...; era, quindi, perfettamente consapevole della gravità dei danni fisici a terzi (pedoni, motociclisti o conducenti di auto) che da uno scontro sarebbero scaturiti ...; il dolo che sorregge l'azione o l'omissione va qualificato come eventuale quando vi sia la rappresentazione,*

nell'agente, della probabilità o della semplice possibilità del verificarsi dell'evento letale come conseguenza della condotta medesima e il rischio di tale accadimento sia stato accettato".

In conclusione: *"la Corte di Assise di Appello è incorsa in vizio di motivazione laddove ha ritenuto che l'elemento soggettivo dovesse identificarsi esclusivamente attraverso la 'lettura' del pensiero manifestato dall'imputato dopo l'evento e non già attraverso la 'lettura' della rappresentazione dell'evento e dell'accettazione del rischio, risultanti dalla correlata valutazione della credibilità delle dichiarazioni dell'imputato alla luce dei dati testimoniali acquisiti e all'id quod plerumque accidit". Conclude il ricorrente chiedendo alla "Corte di Cassazione di porre il suo innovativo sigillo alla sentenza del primo giudice, travolgendo il modello giovanile di esaltazione della cultura della morte e riaffermando il principio della sacralità della vita".*

2.1. La parte civile Associazione Italiana Familiari e Vittime della Strada ONLUS, denuncia pur essa vizi di violazione di legge e di motivazione in relazione agli artt. 575, 42 e 43 c.p., e ripropone, in sostanza, anche con ulteriori analoghe considerazioni, il percorso argomentativo del gravame del Procuratore Generale.

2.2. Le altre parti civili (...) hanno prodotto una memoria, per mezzo del difensore, chiedendo l'accoglimento del ricorso proposto dal Procuratore Generale. Richiamate le accertate circostanze del caso e rilevato che la pronuncia di questa Suprema Corte evocata nella sentenza impugnata *"si riferisce a fattispecie quanto mai diversa rispetto a quella oggetto del presente giudizio"*, rilevano, tra l'altro, che *"non vi è ... la benché minima prova che il S.L. potesse confidare nella propria abilità di guida, tanto più che la patente gli era stata più volte ritirata ..."*; assumono che *"la sentenza della Corte di Assise di Appello esclude sostanzialmente con una valutazione più di natura ideologica che giuridica la sussistenza del dolo eventuale, in situazioni nelle quali non sia ravvisabile un dolo diretto ... Il S.L., attraverso la propria condotta, oltretutto non abilitato alla guida di autovetture, si pose volontariamente nelle condizioni di rappresentarsi in concreto il verificarsi dell'evento, procedendo ad una velocità tale che non gli avrebbe consentito neppure la possibilità di agire sul sistema frenante, dopo aver superato, uno dopo l'altro, due semafori con luce rossa..."*.

Motivi della decisione

3.0. Il ricorso del Procuratore Generale della Repubblica.

Proponendo il gravame, come s'è visto, solo la questione della esatta qualificazione giuridica del fatto di reato addebitato all'imputato, e quindi il tema, delicato ed impegnativo, della distinzione tra colpa con previsione (ai sensi dell'art. 62, n. 3, c.p.) e dolo eventuale, il tema, com'è noto, è stato più volte affrontato dalla giurisprudenza di questa Suprema Corte, ed è stato ed è ampiamente dibattuto in dottrina, questa rilevando che *"il dolo eventuale designa l'area dell'imputazione soggettiva dagli incerti confini in cui l'evento non costituisce l'esito finalistico della condotta, né è previsto come conseguenza certa o altamente probabile: l'agente si rappresenta un possibile risultato della sua condotta e ciononostante s'induce ad agire accettando il rischio che l'accadimento abbia luogo"*.

Esso designa i confini della responsabilità penale nei casi in cui si tratti di fatti punibili solo a titolo di dolo; e, per altro verso, negli altri casi, segna la linea di demarcazione tra responsabilità per dolo e responsabilità per colpa.

Nell'esaminare il ruolo che la rappresentazione ha nel dolo eventuale, si è rilevato in dottrina che, quando l'evento dannoso è previsto non come certo, ma solo come probabile o possibile, occorre qualcosa in più della sua sola previsione, occorrendo un più pregnante elemento distintivo rispetto alla colpa cosciente.

Nel dolo eventuale l'agente si rappresenta la possibilità che si realizzi un fatto di reato, volontariamente egualmente determinandosi nella sua condotta a costo di produrre quell'evento, a seguito di una rappresentazione concreta che va ben oltre il mero agire con leggerezza ed imprudenza; concreta previsione che invece manca nella colpa cosciente.

Si è, quindi, rilevato che *"la colpa cosciente si caratterizza per una previsione astratta che si evolve nel superamento del dubbio e si risolve in una previsione negativa. Al contrario il dubbio, se non superato o rimosso, radica il dolo"*. Da ciò si è tratta la conclusione che il fondamento, ed il limite, del dolo eventuale vanno ravvisati nell'accettazione del rischio che l'evento si realizzi.

Altre volte focalizzandosi l'attenzione sul ruolo della volontà, sulla *"essenzialità di una volizione quale scelta soggettivo-personale che mette in conto la lesione di beni"*, in un recente arresto giurisprudenziale di questa Suprema Corte (sentenza del 10 febbraio 2009, n. 13083, richiamata dalla sentenza impugnata) si è ricordata la icastica definizione di una voce autorevole della dottrina, secondo la quale *"il dolo eventuale è*

... rappresentazione della (concreta) possibilità della realizzazione del fatto e accettazione del rischio (quindi, volizione); la colpa cosciente è invece rappresentazione della (astratta, o meglio semplice) possibilità della realizzazione del fatto, ma accompagnata dalla sicura fiducia che in concreto non si realizzerà (quindi, non-volizione)”; e, proprio nella prospettiva della accettazione del rischio, pure si è rilevato che “poiché il dolo si caratterizza più per l’elemento volitivo che per quello rappresentativo, per la sua esistenza occorrerà qualcosa in più della semplice rappresentazione in termini di possibilità o di probabilità. È necessario che l’atteggiamento interiore manifestato dal soggetto si avvicini il più possibile ad una presa di posizione della volontà capace di influire sullo sviluppo degli accadimenti”.

Ancorché sia inevitabile il ricorso a generali regole di esperienza, non si è mancato in dottrina di rilevare che tanto, tuttavia, non può servire ad incoraggiare “la criticabile tendenza a dilatare eccessivamente l’ambito del dolo eventuale, in contrasto con la definizione codicistica incentrata sull’elemento intenzionale” (ad una “errata tendenza giurisprudenziale ad estendere il dolo eventuale per superare le difficoltà probatorie che talora si riscontrano nell’accertamento della volontà omicida” accenna Cass., Sez. Un., 14 febbraio 1996, n. 3571, che richiama analogo rilievo contenuto in Cass., Sez. Un., 15 dicembre 1992, Cutruzzolà); altra volta pure rilevandosi che “il dolo eventuale esige una forma di volontà e quindi non può fungere da comoda scorciatoia per presumere un dolo che non si riesce a provare”, con la conseguenza che, nel dubbio sulla sussistenza di tale elemento psicologico, il giudice non può che condannare per il fatto colposo, non per quello doloso.

Sarebbe davvero arduo, ed anche ultroneo, ripercorrere in questa sede, con una qualche pretesa, se non di esaustività, almeno di compiuta esposizione, le varie prospettazioni e prese di posizione della dottrina in *subiecta materia*.

Pure giova ricordare che nel variegato panorama di esse, anche nella diversità dei punti di approccio e di focalizzazione della relativa tematica, si è autorevolmente rilevato che, poiché la previsione è anche elemento della colpa, è sul piano della volizione che va ricercata la distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente: “dolo eventuale si ha quando il rischio viene accettato a seguito di un’opzione, di una deliberazione con la quale l’agente consapevolmente subordina un determinato bene ad un altro”, quando, oltre all’accettazione del rischio o del pericolo, “vi è l’accettazione, sia pure in forma eventuale, del danno, della lesione, in quanto essa rappresenta il possibile prezzo di un risultato desiderato”.

Si è anche chiarito, con altra autorevole voce della dottrina, che “l’evento può dirsi accettato quando l’agente: a) si rappresenta almeno la possibilità positiva del verificarsi di esso; b) permane altresì nella convinzione o anche nel dubbio che esso possa concretamente verificarsi; c) tiene, ciononostante, la condotta quali ne siano gli esiti, anche a costo di cagionare l’evento e perciò accettandone il rischio; con una presa di posizione, con una scelta di volontà orientata nel senso della lesione e non del rispetto del bene tutelato”.

E si è altra volta rilevato che, posto che la riprovevolezza per un fatto doloso è superiore alla riprovevolezza per un fatto colposo e che “il concetto di dolo non è un concetto psicologico ma è un concetto normativo, nel senso che il suo contenuto è foggiato in modo da rispondere alle esigenze del diritto”, dal punto di vista normativo “è volontà anche il fatto del soggetto che si rappresenta il verificarsi dell’evento quale conseguenza accessoria, possibile della propria condotta (accettazione del rischio di produrre l’evento), purché questo comportarsi sia accompagnato da un atteggiamento di disprezzo verso il bene particolare e concreto che viene offeso dall’evento in questione”, risultando in tale contesto decisiva “la posizione emotiva del soggetto stesso nei confronti dell’evento”, perché in tali casi “la riprovevolezza dell’agente appare, nei casi di dolo eventuale, equivalente a quella caratteristica del dolo intenzionale e del dolo diretto”.

3.1. La giurisprudenza di questa Suprema Corte ha prevalentemente posto l’accento, quale elemento di discriminazione tra le due ipotesi, sul criterio della **accettazione del rischio**.

In particolare, si è chiarito che sussiste il dolo eventuale quando “chi agisce non ha il proposito di cagionare l’evento delittuoso, ma si rappresenta la probabilità – od anche la semplice possibilità – che esso si verifichi e ne accetta il rischio” (Cass., Sez. Un., 6 dicembre 1991, n. 3428/1992); quando “l’agente, ponendo in essere una condotta diretta ad altri scopi, si rappresenti la concreta possibilità del verificarsi di ulteriori conseguenze della propria condotta, e ciononostante agisca accettando il rischio di cagionarle” (Cass., Sez. Un., 14 febbraio 1996, n. 3571); quando l’agente ha “la consapevolezza che l’evento, non direttamente voluto, ha la probabilità di verificarsi in conseguenza della propria azione nonché dell’accettazione volontaristica del rischio” (Cass., Sez. Un., 12 ottobre 2003, n. 748/1994).

In sostanza, deve ritenersi che sussiste il dolo eventuale quando l’agente accetta il rischio che quell’evento si verifichi come risultato della sua condotta, comportandosi, di conseguenza, anche a costo di determinarlo; sussiste, invece, la colpa, cosciente, aggravata dalla previsione dell’evento, quando l’agente, pur rappresentandosi l’evento come possibile risultato della sua condotta, agisca, tuttavia, nella previsione e

prospettazione che esso non si verifichi; nel primo caso egli accetta quel possibile evento prospettato (volizione), nel secondo caso, viceversa, egli non consente alla verifica dell'evento medesimo (non-volizione).

Ponendosi, in tale contesto, l'accento sul concetto di prevedibilità dell'evento, pure si è altra volta chiarito che il dolo eventuale è ravvisabile quando l'evento medesimo si presenti come **concretamente** possibile, mentre si versa in ipotesi di colpa cosciente, con previsione dell'evento, quando la verificabilità dell'evento si inveri in una previsione **meramente astratta**, non concreta (cfr. Cass. Sez. V, 17 settembre 2008, n. 44712; *id.* Sez. I, 14 giugno 2001, n. 30425, e la giurisprudenza in esse richiamata).

Focalizzandosi, dunque, l'attenzione sulla "*accettazione del rischio*", appare tuttavia al Collegio necessario sgomberare il campo da un possibile equivoco che potrebbe annidarsi nel mero ed anodino richiamo a tale espressione: richiamando e rimarcando quanto al riguardo si è già sopra considerato, l'accettazione non deve riguardare solo la situazione di pericolo posta in essere, ma deve estendersi anche alla possibilità che si realizzi l'evento non direttamente voluto, pur coscientemente prospettasi.

Posto che il dolo eventuale è pur sempre una forma di dolo e che l'art. 43, 1° co., 1° cpv., c.p. richiede non soltanto la previsione, ma anche la volontà di cagionare l'evento, "*la forma più tenue della volontà dolosa, oltre la quale si colloca la colpa (cosciente), è costituita dalla consapevolezza che l'evento, non direttamente voluto, ha la probabilità di verificarsi in conseguenza della propria azione nonché dell'accettazione volontaristica di tale rischio*" (Cass., Sez. Un., 12 ottobre 1993, n. 748/1994, cit.); che altrimenti si avrebbe la (*inaccettabile*) trasformazione di un reato di evento in reato di pericolo (con la estrema ed improponibile conclusione, per rimanere nel panorama tematico che la fattispecie dischiude, che ogni qualvolta il conducente di un autoveicolo attraversi col rosso una intersezione regolata da segnalazione semaforica, o non si fermi ad un segnale di stop, in una zona trafficata, risponderebbe, solo per questo, degli eventi lesivi eventualmente cagionati sempre a titolo di dolo eventuale, soltanto in virtù della violazione della regola cautelare e della conseguente situazione di pericolo scientemente posta in essere); pertinentemente e condivisibilmente si chiarisce in dottrina che "*perché sussista il dolo eventuale, ciò che l'agente deve accettare è proprio l'evento –proprio la morte–; è il verificarsi della morte che deve essere stato accettato e messo in conto dall'agente, pur di non rinunciare all'azione che, anche ai suoi occhi, aveva la seria possibilità di provocarlo*".

Occorre, quindi, accertare, per ritenere la sussistenza del dolo eventuale, che l'agente abbia accettato come possibile la verifica dell'**evento** (nella fattispecie che occupa, la morte o la lesione di altri soggetti), **non soltanto** che abbia accettato una **situazione di pericolo genericamente sussistente**: ed è, altresì, necessario un *quid pluris* rispetto alla sola previsione dell'evento (che pure caratterizza la colpa cosciente), cioè l'accettazione, *hic et nunc*, della **concreta probabilità** che questo, ancorché non direttamente voluto, abbia a realizzarsi, non desistendo l'agente dalla sua condotta, che continua ad essere dispiegata anche a costo di determinare l'evento medesimo.

In sostanza, "*accettazione del rischio*" non significa accettare solo quella situazione di pericolo nella quale si inserisce la condotta del soggetto e prospettarsi solo che l'evento possa verificarsi, che tanto costituisce anche il presupposto della colpa cosciente; significa accettare anche la concreta probabilità che si realizzi quell'evento, direttamente non voluto.

Il dolo eventuale presuppone che il "*superamento del dubbio*" si risolva positivamente ("*volizione*"), serbandolo l'agente quella condotta anche a costo di cagionare l'evento, volitivamente accettandolo, quindi, nella sua prospettata verifica; la colpa cosciente si radica quando l'agente, pur prospettandosi la possibilità o probabilità dell'evento, tuttavia confida che esso non si realizzi ("*superamento del dubbio*" in senso negativo; "*non volizione*").

3.2. Tanto ritenuto e chiarito, deve riconoscersi che, nella specie, la gravata sentenza ha fatto corretto uso di tali principi, nei più rilevanti passaggi argomentativi che hanno poi costituito il fondamento motivazionale della resa statuizione.

Invero, i giudici del merito hanno correttamente considerato che – richiamato il disposto dell'art. 43, 1° c., 3° cpv. 5 c.p., e l'inciso "*anche se preveduto*" –, in effetti "*il reato colposo non cessa di essere tale quando l'agente abbia preveduto l'evento ...*", *id est* solo perché ha preveduto l'evento; "*è necessario un qualche cosa in più perché, a partire dalla previsione dell'evento, sia attinta la soglia del dolo, sia pure nella forma del dolo eventuale ...*", giacché "*il dolo eventuale, in quanto pur sempre, ed innanzitutto, dolo, non cessa di richiedere la volontà dell'evento*", che nel dolo eventuale significa, appunto, prevedere ed accettare che questo possa verificarsi.

Anche l'elevato grado di colpa "*non si traduce di per sé nella prova che l'agente abbia voluto uccidere*": diversamente il dolo, pur nella sua forma eventuale, sarebbe ravvisabile *in re ipsa* "*per il solo fatto di una condotta rimproverabile*", o altamente rimproverabile, laddove, in effetti, la gravità della colpa

è elemento (valutabile *ex art. 133 c.p.*) che dispiega i suoi effetti, quanto all'elemento psicologico del reato, ancora sul versante e nell'ambito di una condotta colposa, non ancora, solo per questo, dolosa; il grado della colpa non vale ad *"individuare una soglia oltre la quale la colpa trasmodi in dolo"*.

Hanno altrettanto correttamente ritenuto che *"occorre distinguere la volontà dell'evento dannoso da cui dipende l'esistenza del reato ... dalla volontà di non osservare leggi, regolamenti, ordini o discipline che quell'evento sono intesi ad evitare ... Il dolo eventuale ... ricorre quando si dimostri che nell'agente sia maturata non una astratta previsione dell'evento potenzialmente derivante dalle violazioni, ma si dimostri che l'agente abbia, in concreto, previsto quello specifico evento poi verificatosi"*, e –giòva aggiungere– lo abbia accettato nella sua possibile verificaione: *"una tale dimostrazione ... non può risolversi nella mera constatazione della condotta integrante la violazione, per quanto grave, dei precetti cautelari ...; la constatazione di un grado quanto si voglia elevato di colpa non può porsi come di per sé dirimente al fine di discernere se l'agente abbia agito in colpa ovvero abbia agito dolosamente"* (ovviamente *sub specie* di dolo eventuale).

Rilevato, poi che, per ritenere la sussistenza del dolo eventuale, *"è necessario provare che l'agente abbia 'in concreto' previsto quel determinato evento poi verificatosi"*, i giudici del merito si sono interrogati, *"in fatto, su quale sia stato il momento in cui l'imputato percepì il sopraggiungere del veicolo a bordo del quale viaggiavano le vittime"*; hanno richiamato *"le indicazioni tecniche del prof. Giuseppe Marcon"* (consulente del P.M.) e le dichiarazioni rese da V.G.; ne hanno inferito, appunto *"in fatto"*, che quando la situazione di pericolo astratta assunse le connotazioni di concretezza l'imputato *"percepì a fulmine la presenza del ciclomotore quando null'altro poteva fare ..."*, determinandosi, a tal punto – di concretizzata sussistenza della effettiva, tangibile e percepibile possibilità di verificaione dell'evento – *"un tempo incompatibile con quel quid di cosciente, con quella decisione di 'rischiare' che è necessario intestare all'imputato per poter, poi, a lui riferire l'omicidio a titolo di dolo eventuale"*.

E, in siffatto rappresentato contesto fattuale ritenuto dai giudici dell'appello, pure va rilevato che il primo giudice (pag. 8 della relativa sentenza) aveva richiamato le dichiarazioni rese da V.G.: *"... quando giungeva all'incrocio vedevo uno scooter scuro, a quel punto chiudevo gli occhi e sentivo un gran botto. Lui (l'imputato) entrava subito nel panico e mi diceva testualmente: 'Oddio, Vale, li ho ammazzati' ..."*: tale espressione, sembra di rammaricata sorpresa nell'insorto panico, e, proprio nell'ottica della valutazione delle *"posizione emotiva del soggetto stesso nei confronti dell'evento"*, di cui parla la dottrina e di cui sopra s'è detto, appare, per vero, difficilmente conciliabile con una comprovata accettazione del rischio concreto di causazione dell'evento; in un contesto in cui, peraltro, dovrebbe ritenersi accettato anche il concomitante rischio di eventi lesivi in danno dello stesso imputato, per le possibili conseguenze che, in riferimento alla compiuta situazione sussistente ed alla condotta posta in essere –attraversamento di un incrocio regolato da segnalazione semaforica–, un sinistro stradale, che avrebbe potuto coinvolgere mezzi ben diversi da uno scooter, poteva determinare non solo ai conducenti di mezzi antagonisti ma anche allo stesso conducente del mezzo che aveva violato la regola cautelare.

Né va, infine, sottaciuto che, come si è sopra già accennato, nel dubbio sulla sussistenza di tale elemento psicologico (e l'accertamento al riguardo, secondo la regola generale di valutazione della prova, deve sottrarsi ad ogni ragionevole dubbio) il giudice non può che condannare per il fatto colposo, non per quello doloso.

3.3. Mette conto, da ultimo, di rilevare che il ricorrente pone in evidenza che, come si è sopra ricordato, l'imputato era *"assuntore di cocaina e tossicodipendente e che, proprio in considerazione del suo stato di tossicodipendente e delle alterazioni psico-fisiche conseguenti, era stato privato della patente di guida"* e *"tuttavia continuava a guidare abitualmente ... una potente autovettura"*.

Tali circostanze, che sostanzialmente attengono alla personalità del reo, non si pongono in diretto nesso di relazione causale con l'evento prodottosi e sono inidonee ad essere valutate in riferimento alla tematica che occupa: potrebbe, semmai, in altro contesto rilevarsi che l'art. 1 del D.L. 23 maggio 2008, n. 92, convertito in L. 24 luglio 2008, n. 125, che ha modificato il terzo comma dell'art. 590 c.p., considera ora una aggravante proprio della fattispecie colposa di lesioni gravi o gravissime la condotta del conducente che guidi in stato di ebbrezza, alcolica o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o psicotrope; in un quadro normativo in cui sono state inasprite le sanzioni in tema di reati commessi con violazione delle norme sulla circolazione stradale (l'art. 2 della L. 21 febbraio 2006, n. 102, ha aumentato la pena per l'omicidio colposo; l'art. 157 c.p., nel testo novellato dall'art. 6 L. 5 dicembre 2005, n. 251, prevede ora, nel suo sesto comma, il raddoppio dei termini di prescrizione del reato di cui all'art. 589, 2° c., c.p.).

Il ricorrente medesimo, inoltre, ritiene, come s'è detto, che vi sia stata una *"deresponsabilizzazione in colposa della criminalità omicidiaria stradale"* e che tale tendenza *"ha costituito, sinora, un dato consolidato sia nella giurisprudenza sia nelle scelte legislative"*; e per questo conclusivamente chiede che

questa Suprema Corte ponga “*il suo innovativo sigillo alla sentenza del primo giudice, travolgendo il modello giovanile della cultura della morte e riaffermando il principio della sacralità della vita*”.

Ora, richiamando innanzitutto un “*innovativo sigillo*”, lo stesso ricorrente sembra così riconoscere che la sentenza impugnata si sia attenuta a principi giurisprudenzialmente sin qui reiteratamente espressi, per i quali le varie decisioni di questa Suprema Corte hanno indicato le ragioni giustificative, in riferimento alle quali non si scorgono valide ragioni giuridiche per discostarsene.

In ogni caso, quale che possa essere un auspicato intervento “*innovativo*”, è del tutto evidente che questo non potrebbe che svolgersi entro la invalicabile cornice normativa che assicura l’indefettibile rispetto del principio di legalità, nel più ampio quadro della garanzia assicurata dall’art. 27 della Carta fondamentale. E non si tratta – è appena il caso di rilevarlo – di privilegiare il “*modello giovanile della cultura della morte*” (che si propone di essere dimostrato ed apprezzato, al di là di generalizzazioni labiali, solo in ambiti sociologici, metagiuridici); né è, ovviamente, in discussione “*il principio della sacralità della vita*”, che è principio fondante della nostra Costituzione: si tratta solo di commisurare la entità della sanzione per il pregiudizio arrecato a quel bene fondamentale, con doveroso riferimento per il giudice alle norme vigenti che quel bene mirano a tutelare, nelle diverse ipotesi nelle quali allo stesso si attenti, ancora una volta evidentemente solo secondo il suaccennato principio di legalità.

3.4. Deve, dunque, conclusivamente convenirsi che la impugnata sentenza, nel suo apparato argomentativo e giustificativo, che sconta anche esplicitati apprezzamenti in fatto, si sottrae a rinvenibili vizi di violazione di legge e di illogicità, la quale ultima, peraltro, la norma vuole dover essere manifesta, cioè coglibile immediatamente, *ictu oculi*. Donde il rigetto del gravame.

2.3. Caso guida spericolata per l’inseguimento della Forze dell’ordine.

Cass., Sez. I, 01.02.2011 (15.03.2011), n. 10411, Vasile - (massima non ufficiale): Il dolo indiretto o eventuale consiste nella rappresentazione e nell'accettazione, da parte dell'agente, della concreta possibilità, intesa in termini di elevata probabilità, di realizzazione dell'evento accessorio allo scopo perseguito in via primaria: il soggetto pone in essere un'azione accettando il rischio del verificarsi dell'evento, che nella rappresentazione psichica non é direttamente voluto, ma appare probabile. Si versa invece nella forma di colpa cosciente, aggravata dall’avere agito nonostante la previsione dell'evento, qualora l'agente, nel porre in essere la condotta nonostante la rappresentazione dell'evento, ne abbia escluso la possibilità di realizzazione, non volendo né accettando il rischio che quel risultato si verifichi, nella convinzione, o nella ragionevole speranza, di poterlo evitare per abilità personale o per intervento di altri fattori. (Oggetto del processo era una fattispecie di causazione della morte di una persona e del ferimento di altre da parte di un individuo che fuggiva a bordo di un’autovettura rubata, inseguito dalla polizia: il giudice di primo grado aveva qualificato il fatto come omicidio volontario; il giudice di secondo grado lo aveva riqualficato come omicidio colposo aggravato ex art. 61/2 n. 3 c.p.; la Cassazione ha annullato tale sentenza in relazione alla qualificazione giuridica del fatto).

dalla motivazione:

(...) 1. L'esatta ricostruzione degli elementi distintivi tra dolo eventuale e colpa cosciente presuppone la definizione dei rapporti tra l'elemento della rappresentazione e quello della volontà nel quadro della struttura del dolo, che rappresenta il criterio ordinario d'imputazione soggettiva.

La volontà esprime la tensione dell'individuo verso il conseguimento di un risultato non in termini di mero desiderio –dimensione questa che attiene alla sfera della motivazione– quanto piuttosto di concreta attivazione in vista del raggiungimento di un determinato scopo. Qualsiasi condotta umana, eccezion fatta per i comportamenti del tutto irrazionali, mira ad un risultato e solo il riferimento ad esso consente di individuare la volontà dell'agente, che deve investire direttamente o

indirettamente (nei termini che saranno precisati al paragrafo successivo) anche l'intero fatto di reato colto nella sua unità di significato, nel dinamismo tra i suoi elementi e nella proiezione teleologica in direzione dell'offesa.

In adesione ad una recente elaborazione teorica è possibile affermare che, poiché il comportamento doloso orienta finalisticamente i fattori della realtà nella prospettiva del mezzo verso uno scopo, esso attrae nell'ambito della volontà l'intero processo che determina il risultato perseguito.

Per conseguenza la finalizzazione della condotta incide sulla sfera della volizione e la svela.

L'elemento rappresentativo attiene, a sua volta, al complessivo quadro di conoscenza degli elementi essenziali del fatto nel cui ambito la deliberazione è maturata.

Esso costituisce il substrato razionale in virtù del quale la decisione di agire si pone in correlazione con il fatto inteso nella sua unitarietà, così giustificando il riconoscimento di una scelta realmente consapevole, idonea a fondare la più grave forma di colpevolezza.

La volontà presuppone, perciò, la consapevolezza di ciò che si vuole. Il dolo è, quindi, rappresentazione e volontà del fatto tipico.

La rappresentazione, che ha ad oggetto tutti gli elementi essenziali del fatto, assume –come osservato con efficace sintesi da un'autorevole dottrina– natura psichica di conoscenza, quando concerne gli elementi preesistenti e concomitanti al comportamento, di coscienza, quando è riferita alla condotta, di previsione, quando riguarda elementi futuri, qual è essenzialmente l'evento del reato.

Nell'agire doloso, il soggetto agente orienta deliberatamente il proprio comportamento verso la realizzazione del fatto di reato che costituisce un disvalore per l'ordinamento giuridico, modella la propria condotta in modo da imprimerle l'idoneità alla realizzazione del fatto tipico che può considerarsi voluto proprio perché il soggetto ha deciso di agire in modo tale da determinarlo.

La rappresentazione e la volizione debbono avere ad oggetto tutti gli elementi costitutivi della fattispecie tipica –condotta, evento e nesso di causalità materiale–, e non il solo evento causalmente dipendente dalla condotta, come è confermato dalla disciplina dell'errore sul fatto costituente reato contenuta nel primo comma dell'art. 47 c.p., secondo cui siffatto errore, facendo venir meno il dolo sotto il profilo della indispensabile consapevolezza degli elementi essenziali della fattispecie, esclude la responsabilità dolosa e la punibilità dell'agente.

Nei reati a forma vincolata oggetto del dolo deve essere la condotta specificamente descritta nella norma incriminatrice, mentre nei reati a forma libera, quali sono i reati di cui ai capi a), b), l'imputazione a titolo di dolo del fatto nel suo insieme postula che la volontà sia effettiva sino all'ultimo atto.

2. La giurisprudenza di legittimità individua il fondamento del **dolo indiretto o eventuale** nella rappresentazione e nell'accettazione, da parte dell'agente, della concreta possibilità, intesa in termini di elevata probabilità, di realizzazione dell'evento accessorio allo scopo perseguito in via primaria. Il soggetto pone in essere un'azione accettando il rischio del verificarsi dell'evento, che nella rappresentazione psichica non é direttamente voluto, ma appare probabile.

In altri termini, l'agente, pur non avendo avuto di mira quel determinato accadimento, ha tuttavia agito anche a costo che questo si realizzasse, sicché lo stesso non può non considerarsi riferibile alla determinazione volitiva (Sez. Un. 12 ottobre

1993, n. 748; Sez. Un. 15 dicembre 1992, Cutruzzolà, in Cass. pen., 1993, 1095; Sez. Un. 12 ottobre 1993, n. 748; Sez. Un. 14 febbraio 1996, n. 3571; Sez. 1[^], 12 novembre 1997, n. 6358; Sez. 1[^], 11 febbraio 1998, n. 8052; Sez. 1[^], 20 novembre 1998, n. 13544; Sez. 5[^], 17 gennaio 2005, n. 6168; Sez. 6[^], 26 ottobre 2006, n. 1367; Sez. 1[^], 24 maggio 2007, n. 27620; Sez. 1[^], 29 gennaio 2008, n. 12954).

Si versa, invece, nella forma di **colpa** definita "**cosciente**", aggravata dall'aver agito nonostante la previsione dell'evento (art. 61 n. 3 c.p.), qualora l'agente, nel porre in essere la condotta nonostante la rappresentazione dell'evento, ne abbia escluso la possibilità di realizzazione, non volendo né accettando il rischio che quel risultato si verifici, nella convinzione, o nella ragionevole speranza, di poterlo evitare per abilità personale o per intervento di altri fattori.

Dall'interpretazione letterale dell'art. 61, comma 1, n. 3 c.p., che fa esplicito riferimento alla realizzazione di un'azione pur in presenza di un fattore ostativo della stessa, si evince che la previsione deve sussistere al momento della condotta e non deve essere stata sostituita da una non previsione o controprevisione, come quella implicita nella rimozione del dubbio.

Quest'ultimo non esclude l'esistenza del dolo, ma non è sufficiente ad integrarlo.

Una qualche accettazione del rischio sussiste tutte le volte in cui si delibera di agire, pur senza avere conseguito la sicurezza soggettiva che l'evento previsto non si verificherà.

Il semplice accantonamento del dubbio, quale stratagemma mentale cui l'agente può consapevolmente ricorrere per vincere le remore ad agire, non esclude di per sé l'accettazione del rischio, ma comporta piuttosto la necessità di stabilire se la rimozione stessa abbia un'obiettiva base di serietà e se il soggetto abbia maturato in buona fede la convinzione che l'evento non si sarebbe verificato.

In tale articolato contesto, come sottolineano i più recenti approdi interpretativi dottrinali e giurisprudenziali, poiché la rappresentazione dell'intero fatto tipico come probabile o possibile è presente sia nel dolo eventuale che nella colpa cosciente, il criterio distintivo deve essere ricercato sul piano della **volizione**.

Mentre, infatti, nel **dolo eventuale** occorre che la realizzazione del fatto sia stata "accettata" psicologicamente dal soggetto, **nel senso che egli avrebbe agito anche se avesse avuto la certezza del verificarsi del fatto**, nella colpa con previsione la rappresentazione come certa del determinarsi del fatto avrebbe trattenuto l'agente.

Nel dolo eventuale il rischio deve essere accettato a seguito di una deliberazione con la quale l'agente subordina consapevolmente un determinato bene ad un altro.

L'autore del reato, che si prospetta chiaramente il fine da raggiungere e coglie la correlazione che può sussistere tra il soddisfacimento dell'interesse perseguito e il sacrificio di un bene diverso, effettua in via preventiva una valutazione comparata tra tutti gli interessi in gioco –il suo e quelli altrui– e attribuisce prevalenza ad uno di essi.

L'obiettivo intenzionalmente perseguito per il soddisfacimento di tale interesse preminente attrae l'evento collaterale, che viene dall'agente posto coscientemente in relazione con il conseguimento dello scopo perseguito. Non è, quindi, sufficiente la previsione della concreta possibilità di verificazione dell'evento lesivo, ma è indispensabile l'accettazione, sia pure in forma eventuale, del danno che costituisce il prezzo (eventuale) da pagare per il conseguimento di un determinato risultato (Sez. 6[^], 26 ottobre 2006, n. 1367; Sez. 1[^], 29 gennaio 2008, n. 12954; Sez. 5[^], 17 settembre 2008, n. 44712).

3. La delicata linea di confine tra il "dolo eventuale" e la "colpa cosciente" o "con previsione" e l'esigenza di non svuotare di significato la dimensione psicologica dell'imputazione soggettiva, connessa alla specificità del caso concreto, impongono al giudice di attribuire rilievo centrale al momento dell'**accertamento** e di effettuare con approccio critico un'acuta, penetrante indagine in ordine al fatto unitariamente inteso, alle sue probabilità di verificarsi, alla percezione soggettiva della probabilità, ai segni della percezione del rischio, ai dati obiettivi capaci di fornire una dimensione riconoscibile dei reali processi interiori e della loro proiezione finalistica. Si tratta di un'indagine di particolare complessità, dovendosi inferire atteggiamenti interni, processi psicologici attraverso un procedimento di verifica dell'*id quod plerumque accidit* alla luce delle circostanze esteriori che normalmente costituiscono l'espressione o sono, comunque, collegate agli stati psichici.

4. La sentenza impugnata non ha fatto corretta applicazione dei principi sinora illustrati.

Innanzitutto, pur muovendo dalla dichiarata adesione ai principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità sui criteri distintivi tra dolo eventuale e colpa cosciente, ha incentrato l'iter dell'argomentazione pressoché esclusivamente sull'elemento rappresentativo, trascurando un'adeguata analisi ricostruttiva del profilo della volizione (cfr precedente par. 3), così come maturata nello specifico contesto fattuale sottoposto al suo esame.

In secondo luogo ha ricostruito l'elemento di natura intellettuale della previsione/rappresentazione correlato al fatto oggetto del giudizio sulla base di valutazioni astratte e presuntive, prescindendo dall'esame di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie tipica –condotta, evento e nesso di causalità materiale–, quali emergenti dallo specifico caso concreto.

È, in tal senso, mancata una compiuta e globale ricostruzione dell'intera vicenda, idonea a fondare un epilogo decisionale diverso rispetto a quello della sentenza di primo grado. Il giudice d'appello, infatti, dopo avere sommariamente descritto l'episodio, ha proceduto alla "scomposizione" del fatto, enucleandone soltanto alcuni aspetti (superamento indenne di precedenti incroci regolati da impianto semaforico che proiettava luce rossa; capacità di guida; tempi e modi di avvistamento dell'autovettura "Citroen"; condizioni del traffico; caratteristiche dell'incrocio (...) e, rispetto a ciascuno di essi, ha desunto la configurabilità della colpa aggravata dalla previsione dell'evento sulla base di mere congetture, omettendo una compiuta analisi di tutti i dati conoscitivi acquisiti.

In particolare, con riferimento alla genesi dell'episodio, la sentenza impugnata si è limitata a osservare che la Polizia, dopo l'iniziale avvistamento, aveva deciso di desistere dall'inseguimento per evitare incidenti, ma non ha specificato dopo quanto tempo rispetto all'avvistamento iniziale ciò avvenne, se l'imputato –che non era sotto l'effetto di sostanze alcoliche o stupefacenti– fu in grado di percepire tale mutato comportamento delle forze dell'ordine e se, in conseguenza di esso, ebbe a decelerare e ad atteggiare diversamente la condotta di guida, se fu in grado di valutare le conseguenze di un eventuale rallentamento in relazione alle diverse dimensioni dei mezzi e alla loro differente velocità, limitandosi a considerare, in via meramente ipotetica, che l'eventualità di un incidente non poteva non apparire a I. la meno favorevole, perché avrebbe determinato certamente il suo arresto (f. 6 sentenza impugnata).

La evidente carenza motivazionale su tutti questi profili incide sulla compiuta analisi dell'elemento volitivo.

Analogamente ne impediscono l'esatta ricostruzione l'omesso apprezzamento delle modalità e della durata dell'inseguimento, del lasso di tempo intercorso tra l'inizio dello stesso e la sua trasformazione in mero controllo a distanza del furgone rubato, delle complessive modalità della fuga, della sua protrazione pur dopo che la Polizia aveva adottato una differente tipologia di vigilanza, dell'estensione chilometrica del percorso effettuato.

Si sostiene, inoltre, apoditticamente che l'imputato, procedendo in maniera spericolata ad oltre cento chilometri all'ora in centro abitato e in presenza di traffico veicolare ancora intenso a causa del periodo estivo e dell'ubicazione dei luoghi, era ragionevolmente convinto di potere dominare la situazione, ossia di essere in grado di superare anche l'incrocio (..), grazie alla sua abilità di guida e alle condizioni di traffico più limitate in ora notturna (f. 5 sentenza impugnata). Tale affermazione, fondata su mere presunzioni, mal si concilia, peraltro, con l'apprezzamento riservato dagli stessi giudici alla precedente condotta di guida, la cui mancata produzione di pregressi eventi lesivi è stata alternativamente ricondotta –ancora una volta in via meramente ipotetica– all'assenza di ostacoli o alla capacità di porre in essere le manovre più appropriate (f. 6 sentenza impugnata).

La Corte d'appello ha, poi, desunto la capacità di guida –pur in assenza di una valida patente– dalle dichiarazioni rese dall'imputato e non riscontrate in alcun modo circa il relativo conseguimento, in epoca imprecisata, nel paese d'origine e dalla circostanza che lo stesso non si sarebbe altrimenti posto alla guida di un pesante mezzo di illecita provenienza né sarebbe stato in grado di sostenere "un inseguimento protrattosi per alcuni chilometri a velocità elevatissima" (cfr. f. 7 sentenza impugnata).

Tale conclusione si pone in aperto contrasto con la stessa ricostruzione del fatto operata dalla sentenza, evidenziante, sulla base delle testimonianze acquisite, che i poliziotti avevano desistito dall'inseguimento per evitare incidenti (cfr. f. 6 della sentenza impugnata). Essa confligge, inoltre, con la rilevata assenza di tracce di frenata, con la mancata adozione di manovre di deviazione della traiettoria (cfr. f. 6 sentenza impugnata), o, comunque, di manovre di emergenza, astrattamente possibili, tenuto conto delle caratteristiche dell'incrocio in cui si verificò il fatto e dell'ampiezza della relativa visuale (f. 7 sentenza impugnata).

Il carattere non univoco dell'omessa presenza di tracce di frenata sul luogo dell'incidente è stato sostenuto dai giudici di merito sulla base di un immotivato richiamo ad un'alternativa astrattamente prospettata dal consulente tecnico (cfr. f. 6 sentenza d'appello), le cui considerazioni sul punto (non conosciute né conoscibili dal giudice di legittimità che non ha accesso diretto agli atti) non sono state illustrate né sono state oggetto di verifica critica alla luce dell'epoca di fabbricazione del furgone e delle caratteristiche del sistema di arresto e di frenata.

Il generico riferimento alle pregiudizievoli conseguenze per l'imputato in caso di sinistro è stato effettuato, omettendo di considerare il dato –valorizzato invece dalla sentenza di primo grado– costituito dai diversi esiti, in caso di incidente, per colui che viaggiava a bordo di un furgone del peso pari a circa due tonnellate e per chi, invece, si trovasse a bordo di un'auto.

La conclusione circa l'omessa volizione e accettazione del rischio di verificazione dell'evento lesivo nella convinzione, o nella ragionevole speranza, di poterlo evitare per abilità personale, desunta dalla capacità di guida e dall'asserita capacità di trovare

"uno spazio in cui inserirsi", pur in presenza di un "traffico non scarso", mal si concilia con le indicazioni in ordine alle caratteristiche del luogo del sinistro ("un incrocio...molto ampio", secondo quanto risulta a f. 7 della sentenza impugnata), al punto d'impatto (la fiancata posteriore destra dell'auto "Citroen" condotta da Te.Ni. – cfr. f. 1 sentenza impugnata)– e alla mancata adozione di qualsiasi tipo di manovra di emergenza (cfr. f. 6 della sentenza impugnata), idonea a scongiurare la collisione.

5. Nella giurisprudenza di questa Corte è stato chiarito che il procedimento logico di valutazione degli indizi si articola in due distinti momenti.

Il primo è diretto ad accertare il maggiore o minore livello di gravità e di precisione degli indizi, ciascuno considerato isolatamente, tenendo presente che tale livello è direttamente proporzionale alla forza di necessità logica con la quale gli elementi indizianti conducono al fatto da dimostrare ed è inversamente proporzionale alla molteplicità di accadimenti che se ne possono desumere secondo le regole di esperienza.

Il secondo momento del giudizio indiziaro è costituito dall'esame globale e unitario tendente a dissolverne la relativa ambiguità, posto che "nella valutazione complessiva ciascun indizio (notoriamente) si somma e, di più, si integra con gli altri, talché il limite della valenza di ognuno risulta superato, [...] l'incidenza positiva probatoria viene esaltata nella composizione unitaria, e l'insieme può assumere il pregnante e univoco significato dimostrativo, per il quale può affermarsi conseguita la prova logica del fatto [...] che non costituisce uno strumento meno qualificato rispetto alla prova diretta (o storica) quando sia conseguita con la rigorosità metodologica che giustifica e sostanzia il principio del c.d. libero convincimento del giudice" (Sez. Un, 4 febbraio 1992, n. 6682).

Le linee dei paradigmi valutativi della prova indiziaro sono state recentemente ribadite dalle Sezioni Unite che hanno evidenziato che il metodo di lettura unitaria e complessiva dell'intero compendio probatorio non si esaurisce in una mera sommatoria degli indizi e non può, perciò, prescindere dalla operazione propedeutica che consiste nel valutare ogni prova indiziaro singolarmente, ciascuna nella propria valenza qualitativa, tendente a porne in luce i collegamenti e la confluenza in un medesimo contesto dimostrativo (Sez. Un. 12 luglio 2005, n. 33748).

6. Nel caso in esame la Corte di merito, oltre a leggere in maniera parziale le risultanze processuali illustrate nella sentenza di primo grado, ha valutato la posizione dell'imputato analizzando soltanto alcuni degli elementi probatori e non si è preoccupato di calarli all'interno dell'intero contesto che avrebbe potuto indubbiamente contribuire a chiarire la loro effettiva portata dimostrativa e la loro reale congruenza rispetto al tema d'indagine.

Al fine di stabilire se nel caso in esame ricorsero gli estremi del dolo eventuale o della colpa aggravata dalla previsione dell'evento, il giudice d'appello avrebbe dovuto esaminare i seguenti elementi, ponendoli in correlazione logica fra loro: le modalità e la durata dell'inseguimento; il lasso di tempo intercorso tra l'inizio dello stesso e la sua trasformazione in mero controllo a distanza del furgone rubato; le complessive modalità della fuga e la sua protrazione pur dopo che la Polizia aveva adottato una differente tipologia di vigilanza; le caratteristiche tecniche del mezzo rubato in rapporto a quanto in esso contenuto; la conseguente energia cinetica in relazione alla velocità serbata; le caratteristiche degli incroci impegnati con luce semaforica rossa prima del raggiungimento di quello tra via (...) e le relative possibilità di avvistamento

di altri veicoli; la conformazione dei luoghi in cui avvenne l'impatto con la "Citroen" condotta da Te.Ni.; l'assenza di tracce di frenata o di elementi obiettivamente indicativi di tentativi di deviazione in rapporto al punto d'impatto con il mezzo su cui viaggiavano i tre giovani e alle caratteristiche dell'incrocio tra viale (...); il comportamento serbato dall'imputato dopo la violenta collisione.

7. Palese è, infine, il vizio metodologico dell'iter argomentativo della sentenza impugnata che ha assunto il ragionevole dubbio come punto di partenza, anziché come approdo finale del ragionamento una volta assolto all'onere informativo. Compito del giudice di merito, infatti, è, in primo luogo, quello di esaminare tutte le informazioni probatorie acquisite e, quindi, di vagliare la loro valenza, non potendosi, al contrario, prendere le mosse dal ragionevole dubbio per mettere in ordine logico le congetture.

Il processo penale, passaggio cruciale ed obbligato della conoscenza giudiziale del fatto-reato, è sorretto da ragionamenti probatori di tipo prevalentemente inferenziale-induttivo che partono dal fatto storico copiosamente caratterizzato nel suo concreto verificarsi (e dalla formulazione della più probabile ipotesi ricostruttiva di esso secondo lo schema argomentativo dell'abduzione), rispetto ai quali i dati informativi e giustificativi della conclusione non sono contenuti per intero nelle premesse, dipendendo essi, a differenza dell'argomento del "deduttivo", da ulteriori elementi conoscitivi estranei alle premesse stesse. Il giudice è impegnato nell'operazione ermeneutica alla stregua dei comuni canoni di "certezza processuale", conducenti conclusivamente, all'esito del ragionamento probatorio di tipo largamente induttivo, ad un giudizio di responsabilità caratterizzato da "alto grado di credibilità razionale" o "conferma" dell'ipotesi formulata sullo specifico fatto da provare: giudizio enunciato dalla giurisprudenza anche in termini di "elevata probabilità logica" (cfr. Sez. Un. 10 luglio 2002, n. 30328).

8. Per tutte le ragioni in precedenza esposte s'impone l'annullamento della sentenza impugnata in relazione alla qualificazione dei fatti di cui ai capi a) e b) e al trattamento sanzionatorio e il rinvio per nuovo giudizio ad altra sezione della Corte d'assise d'appello di Roma.

3. Il recente intervento della Sezioni unite in tema di ricettazione.

Cass., Sez. un., 26.11.2009 (30/03/2010) n. 12433/10 Nocera

Rv. 246323: In tema di ricettazione, il dolo eventuale riguarda, oltre alla verifica dell'evento, il presupposto della condotta, consistendo, in questo caso, nella rappresentazione della possibilità dell'esistenza del presupposto stesso e nell'accettazione dell'eventualità di tale esistenza.

Rv. 246324: L'elemento psicologico della ricettazione può essere integrato anche dal dolo eventuale, che è configurabile in presenza della rappresentazione da parte dell'agente della concreta possibilità della provenienza della cosa da delitto e della relativa accettazione del rischio, non potendosi desumere da semplici motivi di sospetto, né potendo consistere in un mero sospetto. (In motivazione, la Corte ha precisato che, rispetto alla ricettazione, il dolo eventuale è ravvisabile quando l'agente, rappresentandosi l'eventualità della provenienza delittuosa della cosa, non avrebbe agito diversamente anche se di tale provenienza avesse avuto la certezza).

Rv. 246325: Ai fini della configurabilità della contravvenzione di acquisto di cose di sospetta provenienza non occorre che sia accertata la provenienza delle cose da reato, perché è

richiesta solo la prova dell'acquisto o della ricezione, senza gli opportuni accertamenti, di cose rispetto alle quali l'agente abbia motivi di sospetto circa la loro provenienza, come indicati nell'art. 712 c.p.

dalla motivazione:

Considerato in diritto

1. La questione rimessa alle Sezioni unite riguarda, come si è visto, la compatibilità del dolo eventuale con il delitto di ricettazione, e la sezione rimettente, dopo aver ricordato gli argomenti addotti a sostegno dei due orientamenti giurisprudenziali contrastanti, ha indicato un'ulteriore ragione, di carattere preliminare, che a suo avviso potrebbe imporre una soluzione negativa, perché ha osservato che la provenienza illecita nella ricettazione costituisce un presupposto del fatto, rispetto al quale può dubitarsi che assuma rilevanza l'atteggiamento psicologico nel quale si fa consistere il dolo eventuale.

Si tratta però di un dubbio agevolmente superabile perché il dolo eventuale è una figura di costruzione giurisprudenziale e dottrinale e non c'è ragione di ritenere che essa possa riferirsi al solo evento del reato e che l'atteggiamento psicologico nel quale la si fa consistere non possa riguardare anche i presupposti.

L'elemento psicologico del reato è costituito, prima che da una componente volitiva, da una componente rappresentativa, che investe il fatto nel suo complesso, e dunque non solo gli effetti della condotta ma anche gli altri elementi della fattispecie, e dà piena ragione della colpevolezza dell'agente. Perciò se si ritiene che il dolo sia costituito dalla rappresentazione e volizione del fatto antiggiuridico o anche, nel caso di dubbio, dalla sua accettazione, alla quale si collega secondo la giurisprudenza il dolo eventuale, non c'è ragione di distinguere il caso in cui il dubbio cade sulla verifica dell'evento, che viene accettato, da quello in cui cade su un presupposto. In un caso e nell'altro l'agente si rappresenta la possibilità di commettere un delitto e ne accetta la realizzazione: egli non si astiene dal tenere una condotta ben sapendo che può dar luogo a un illecito, anche se questo non viene direttamente voluto.

L'agente, come è stato affermato in dottrina, deve rappresentarsi l'esistenza dei presupposti «come certa o come possibile, accettando l'eventualità della loro esistenza», sicché può dirsi che ci si trova in presenza di un dolo eventuale quando chi agisce «si rappresenta come seriamente possibile (non come certa) l'esistenza di presupposti della condotta ovvero il verificarsi dell'evento come conseguenza dell'azione e, pur di non rinunciare all'azione e ai vantaggi che se ne ripromette, accetta che il fatto possa verificarsi: il soggetto decide di agire "costi quel che costi", mettendo cioè in conto la realizzazione del fatto».

Deve quindi convenirsi che l'atteggiamento psicologico nel quale si fa consistere il dolo eventuale ben può riguardare i presupposti del reato, anche se si tratta di un atteggiamento che in questo caso si riferisce a una situazione già esistente al momento dell'azione, mentre quando ha ad oggetto l'evento si riferisce a una situazione futura, che potrà derivare dalla condotta dell'agente.

Del resto il contrasto di giurisprudenza sulla configurabilità del dolo eventuale nella ricettazione, nel caso in cui l'agente si rappresenti la possibilità della provenienza delittuosa della cosa, non concerne la configurabilità di un atteggiamento psicologico del genere rispetto ai presupposti del reato, ma il rapporto tra i reati di ricettazione e di incauto acquisto, perché una parte della giurisprudenza è dell'opinione che l'ipotesi in questione rientri specificamente nella previsione dell'art. 712 c.p., che insomma per

espressa previsione della legge il dolo eventuale valga a costituire la fattispecie dell'incauto acquisto, rimanendo così sottratto alla sfera applicativa dell'art. 648 c.p.

Il contrasto concerne quindi il rapporto tra i due reati, ma nel caso sottoposto alle Sezioni unite entra in gioco anche il delitto previsto dall'art. 12 d.l. n. 143 del 1991 (sostituito dall'art. 55 d. lgs. 21 novembre 2007, n. 231), che tra l'altro punisce l'acquisto di carte di credito o di pagamento di provenienza illecita.

Con la sentenza 28 marzo 2001, n. 22902, Tiezzi, rv. 218872 le Sezioni unite hanno ritenuto che l'acquisto di carte di provenienza delittuosa costituisca ricettazione, «dovendosi viceversa ricondurre alla previsione incriminatrice di cui all'art. 12, seconda parte, d.l. 3 maggio 1991, n. 143, convertito nella l. 5 luglio 1991, n. 197 (che sanziona, con formula generica, la ricezione dei predetti documenti "di provenienza illecita"), le condotte acquisitive degli stessi, nelle ipotesi in cui la loro provenienza non sia ricollegabile a un delitto, bensì a un illecito civile, amministrativo o anche penale, ma di natura contravvenzionale».

Ciò posto, se si dovesse ritenere che l'acquisto con dolo eventuale di una carta di credito o di pagamento di origine delittuosa non costituisca ricettazione ci si dovrebbe chiedere quale delle due altre fattispecie, quella dell'art. 12 l. n. 143 cit. o quella dell'art. 712 c.p. sia integrata, e verosimilmente si dovrebbe optare per la prima soluzione. E' da aggiungere che nel caso in esame, se questa dovesse essere la conclusione, ci si troverebbe di fronte all'alternativa sull'applicabilità dell'art. 648 c.p. o dell'art. 12 l. n. 143 cit., ma la questione dei rapporti tra l'art. 648 c.p. e l'art. 712 c.p. resterebbe rilevante per stabilire se il dolo eventuale possa o meno integrare il delitto di ricettazione, perché un'eventuale conclusione negativa, rendendo inapplicabile l'art. 648 c.p., lascerebbe il campo all'art. 12 d.l. n. 143 cit.

2. L'orientamento contrario alla tesi della compatibilità tra ricettazione e dolo eventuale è stato ben delineato da Sez. II, 2 luglio 1982, n. 1180/83, Blanc con l'affermazione che il delitto di ricettazione, sia per la sua strutturazione giuridica sia per la sua correlazione logica con la contravvenzione di incauto acquisto, non prevede la punibilità a titolo di dolo eventuale o alternativo, ma solo a titolo di dolo diretto.

Secondo questa decisione, ad integrare gli elementi costitutivi della ricettazione «occorre, oltre al presupposto di fatto dell'effettiva esistenza di un delitto da cui il denaro o le altre cose provengano, che l'agente, al momento dell'acquisto o della ricezione, pienamente consapevole dell'origine delittuosa delle cose, volontariamente e coscientemente le abbia trasferite nella propria disponibilità, non essendo sufficiente che egli si sia rappresentata la possibilità di tale origine delittuosa per circostanze idonee a suscitare perplessità sulla lecita provenienza delle cose stesse».

Quest'ultima ipotesi, osserva la sentenza Blanc, «ricade invece nell'ambito della specifica previsione dell'art. 712 c. p., che punisce a titolo di colpa l'acquisto o la ricezione di cose che, per le obiettive condizioni stabilite nello stesso disposto di legge, denuncino, di per sé, il sospetto di un'origine di natura delittuosa ovvero anche solo contravvenzionale e impongano all'acquirente, indipendentemente anche dall'effettiva sussistenza di un reato presupposto, l'obbligo di ragionevoli accertamenti sulla liceità o meno della provenienza».

Nello stesso ordine di idee si sono espresse successivamente numerose sentenze tra le quali merita una segnalazione Sez. II, 14 maggio 1991, n. 9271, Castelli, per la chiarezza dell'affermazione del principio di diritto, così massimato: «Il dolo eventuale non è compatibile con il delitto di ricettazione poiché la rappresentazione dell'eventualità che la cosa che si acquista, o comunque si riceve, provenga da delitto

equivale al dubbio, mentre l'elemento psicologico della ricettazione esige la piena consapevolezza della provenienza delittuosa dell'oggetto. Per contro il dubbio motivato dalla rappresentazione della possibilità dell'origine delittuosa dell'oggetto per circostanze idonee a suscitare perplessità sulla lecita provenienza dello stesso, integra la specifica ipotesi di reato prevista dall'art. 712 c. p., che punisce l'acquisto di cose di sospetta provenienza».

Una parte di questa giurisprudenza aggiunge però che la certezza nell'agente della provenienza delittuosa della cosa può desumersi anche dagli elementi delineati dall'art. 712 c.p., purché i sospetti siano così gravi e univoci da ingenerare in qualsiasi persona di media levatura intellettuale e secondo la più comune esperienza, la certezza che non possa trattarsi di cose legittimamente detenute da chi le offre (Sez. II, 3 aprile 1992, n. 2/93, Nicoletti; Sez. II, 21 febbraio 1995, n. 3237, Quasdallah), e analoghe affermazioni sono contenute in numerose decisioni che per riconoscere l'esistenza del dolo diretto utilizzano dati probatori che nella maggior parte dei casi avrebbero potuto più correttamente essere dimostrativi di un dolo eventuale (Sez. II, 20 giugno 1996, n. 8072, Coletto; Sez. VI, 4 giugno 1997, n. 6753/98, Finocchi; Sez. IV, 12 dicembre 2006, n. 4170/07, Azzaouzi).

Opposto a quello che riconduce alla contravvenzione prevista dall'art. 712 c.p. i fatti di acquisto o ricezione con dolo eventuale delle cose di provenienza delittuosa è l'orientamento giurisprudenziale che, ritenendo la contravvenzione di natura esclusivamente colposa, ravvisa un'ipotesi di ricettazione in tutti i casi in cui la condotta dell'agente è sorretta da un dolo, anche solo eventuale.

Chiara in questo senso è Sez. II, 12 febbraio 1998, n. 3783, Conti, che, dopo aver ricordato l'orientamento contrario, obietta che in realtà, confrontando il tenore testuale delle due norme incriminatrici, non emerge affatto che il dolo di ricettazione non possa sussistere se non quando vi sia la soggettiva certezza dell'illecita provenienza della res, sicché mancando questa si verterebbe automaticamente nella minore e diversa ipotesi di cui all'art. 712 c. p.

Illuminante al riguardo, secondo la pronuncia in esame, appare in particolare l'esegesi di quest'ultima disposizione, che punisce non chi ha acquistato o ricevuto cose di cui "sospetti" la provenienza da reato ma chi quelle cose ha acquistato o ricevuto quando "si abbia motivo di sospettare" tale provenienza.

Di qui la configurazione della contravvenzione di acquisto di cose di sospetta provenienza in termini di reato colposo, perché, si dice: «emerge chiaramente da tale formulazione della norma che il legislatore con l'art. 712 c.p. ha inteso punire la mancanza di diligenza nel verificare la provenienza della res quando vi sia una oggettiva ragione di sospetto in ordine a detta provenienza. Ciò vale a dire che del reato di cui all'art. 712 c.p. si risponde essenzialmente per colpa consistente appunto nella suddetta mancanza di diligenza». Perciò, «quando invece la situazione fattuale, nella valutazione operata dal giudice di merito in conformità alle regole della logica e dell'esperienza, sia tale da far ragionevolmente ritenere che non vi sia stata una semplice mancanza di diligenza ma una consapevole accettazione del rischio che la cosa acquistata o ricevuta fosse di illecita provenienza, del tutto corretta risulta la configurabilità dell'elemento soggettivo del delitto di ricettazione. Quest'ultimo infatti come ogni delitto, è punibile a titolo di dolo, e il dolo di regola può assumere anche la forma del c.d. dolo indiretto o eventuale, salvo che ciò sia escluso dalla particolare struttura della fattispecie incriminatrice».

Un ulteriore approfondimento a sostegno dell'orientamento in esame lo si deve a Sez. II, 15 gennaio 2001, n. 14170, Macchia, che opta per la configurabilità del dolo eventuale in relazione al delitto di ricettazione, osservando che due sono le possibilità che si presentano in concreto: 1) l'agente si è posto il quesito circa la legittima provenienza della res, risolvendolo nel senso dell'indifferenza alla soluzione; 2) l'agente è stato negligente, perché, pur sussistendo oggettivamente il dovere di sospettare circa l'illecita provenienza dell'oggetto –a causa della qualità di quest'ultimo o per la condizione di chi lo offre ovvero per la sproorzionata entità del prezzo– non si è posto il problema. Nel primo caso, rileva la sentenza Macchia, «sussiste il dolo eventuale, poiché il soggetto ha affrontato consapevolmente il rischio di violare il codice penale, ricevendo una cosa che può provenire da delitto e d'incorrere nelle conseguenti sanzioni»; nel secondo caso, invece, la condotta tenuta dall'agente è meramente colposa, perché egli non si è avvalso degli ordinari criteri di prudenza e diligenza per svolgere l'accertamento che la situazione concreta gli imponeva. L'orientamento è stato poi ribadito da varie decisioni; tra le più recenti, favorevoli alla configurabilità del dolo eventuale nel reato di ricettazione, si possono ricordare Sez. II, 22 novembre 2007, n. 45256, Lapertosa; Sez. II, 28 novembre 2008, n. 46966, Gorgoni; Sez. II, 17 dicembre 2008, n. 2807/09, Dragna; Sez. II, 18 febbraio 2009, n. 13358, Rubes; Sez. II, 2 aprile 2009, n. 17813, Ricciardi.

3. Le Sezioni unite ritengono che **nessuno dei due orientamenti** possa essere interamente condiviso; non il secondo, che arriva all'eccesso di espungere dalla fattispecie dell'art. 712 c.p. anche i casi in cui l'agente abbia un **mero sospetto** sulla provenienza della cosa. E' vero infatti che l'art. 712 c.p. fa riferimento, come ha osservato la sentenza Conti, a «una oggettiva situazione di sospetto», e non a una situazione soggettiva, ma è anche vero che nulla fa ritenere che la disposizione sia inapplicabile nell'ipotesi in cui i dati oggettivi in essa indicati abbiano determinato un sospetto nell'agente. Una interpretazione siffatta finirebbe con il limitare oltre il ragionevole e senza una sicura base testuale il campo di applicazione dell'incauto acquisto.

Neppure il primo orientamento però può essere condiviso perché dal riconoscimento che nel caso di sospetto è ravvisabile un incauto acquisto trae la conclusione ingiustificata che sia di pertinenza di questa fattispecie tutta l'area che il dolo eventuale potrebbe occupare nel reato di ricettazione, sicché il delitto previsto dall'art. 648 c.p. sarebbe configurabile solo nei casi in cui l'agente abbia la **certezza** della provenienza della cosa da delitto, mentre sarebbe configurabile solo la contravvenzione prevista dall'art. 712 c.p. in tutti i casi in cui, pur non essendoci elementi dai quali trarre tale certezza, l'agente sia ben consapevole della concreta possibilità che la cosa provenga da delitto e ne accetti il rischio.

Questo orientamento non considera da un lato che il dolo eventuale può riferirsi a situazioni soggettive che investono la provenienza della cosa in forme ben più impegnative di quella del mero sospetto, pur non arrivando a costituire una forma di dolo diretto, e dall'altro che l'art. 712 c.p., a differenza dell'art. 648 c.p., non intende punire l'acquisto o la ricezione di cose con tale provenienza ma più semplicemente l'acquisto o la ricezione di cose rispetto alle quali si abbiano motivi di sospetto, senza aver prima compiuto gli opportuni accertamenti. Correlativamente l'elemento soggettivo della contravvenzione non concerne la provenienza illecita della cosa ma i

relativi accertamenti, che non avrebbero potuto essere omessi, e i motivi di sospetto che li rendevano necessari.

L'art. 712 c.p. non richiede espressamente l'effettiva provenienza da reato della cosa, e una parte consistente della giurisprudenza (in questo senso Sez. III, 15 aprile 1994, n. 5361, La Grutta; Sez. II, 2 luglio 1982, n. 1180/83, Blanc; Sez. II, 1 ottobre 1980, n. 2232/81, Acquafredda; Sez. VI, 9 febbraio 1971, n. 162, Langella; in senso contrario, ma immotivatamente, Sez. II, 7 luglio 1994, Manduano) e della dottrina è dell'opinione che tale provenienza non debba essere accertata: la norma non lo esigerebbe.

Se si conviene che la contravvenzione sussiste anche quando, in presenza di motivi di sospetto, la provenienza illecita della cosa non viene accertata e comunque che tale provenienza esula dalla fattispecie descritta dall'art. 712 c.p. è ragionevole concludere che essa non fa parte del relativo elemento soggettivo e che quindi non è sostenibile la tesi dell'assorbimento nell'incauto acquisto dei fatti di ricettazione sorretti da dolo eventuale. Sono i motivi di sospetto tipizzati, e non il sospetto, che caratterizzano l'incauto acquisto, e sotto questo aspetto può dirsi che la differenza dalla ricettazione è strutturale. E' possibile che nell'agente venga ingenerato un sospetto, ma questo, quando ciò avviene, costituisce un fatto accidentale, che rimane estraneo alla struttura della contravvenzione.

In conclusione non ci sono argomenti convincenti per ritenere che in ogni ipotizzabile caso di **dolo eventuale** l'agente dovrebbe rispondere della contravvenzione dell'art. 712 c.p., anziché di ricettazione, sia perché si tratta di una forma di dolo di per sé **compatibile con il delitto previsto dall'art. 648 c.p.**, sia perché **non può ritenersi che tale forma integri tipicamente la fattispecie contravvenzionale.**

Si pensi al caso del collezionista che di fronte all'offerta di un pezzo di pregio sia in dubbio sulla sua provenienza e, considerate le circostanze e le spiegazioni di chi glielo offre, si rappresenti la probabilità che sia di origine delittuosa, anche se non ne ha la certezza, e tuttavia non rinunci all'acquisto perché il suo interesse per il pezzo è tale che lo acquisterebbe anche se gli risultasse che per venirne in possesso chi glielo offre ha commesso un delitto.

In un comportamento del genere non c'è nulla di incauto; c'è la lucida volontà di dare soddisfazione al proprio interesse nella consapevolezza che molto probabilmente l'acquisto si risolve in una ricettazione.

E' vero però che rispetto alla ricettazione il dolo eventuale, a meno che non emerga dalle stesse dichiarazioni dell'agente, viene desunto dalle circostanze del caso, indicative della possibilità che la cosa provenga da delitto, e che queste circostanze ben possono coincidere, e normalmente coincidono, con quelle che l'art. 712 c.p. individua come motivi di sospetto, ed è anche vero che dai semplici e soli motivi di sospetto indicati dall'art. 712 c.p. il giudice non può desumere l'esistenza di un dolo eventuale, perché altrimenti, per le cose provenienti da delitto (e non da contravvenzione), l'incauto acquisto verrebbe nella maggior parte dei casi trasformato in una ricettazione.

Fermo rimanendo quindi che la ricettazione può essere sorretta **anche da un dolo eventuale** resta da stabilire come debba avvenire il suo accertamento e quali debbano essere le sue caratteristiche, posto che lo stesso non può desumersi da semplici motivi di sospetto e **non può consistere in un mero sospetto**, se è vero che questo non è incompatibile con l'incauto acquisto. Del resto, come già si è avuto occasione di

osservare, il dolo eventuale non forma oggetto di una testuale previsione legislativa: la sua costruzione è rimessa all'interprete ed è ben possibile che **per particolari reati assuma caratteristiche specifiche**.

Occorrono per la ricettazione circostanze più consistenti di quelle che danno semplicemente motivo di sospettare che la cosa provenga da delitto, sicché un ragionevole convincimento che l'agente ha consapevolmente accettato il rischio della provenienza delittuosa può trarsi solo dalla presenza di **dati di fatto inequivoci**, che **rendano palese la concreta possibilità di una tale provenienza**. In termini soggettivi ciò vuol dire che il dolo eventuale nella ricettazione richiede un atteggiamento psicologico che, **pur non attingendo il livello della certezza**, si colloca su un gradino immediatamente più alto di quello del mero sospetto, configurandosi in termini di **rappresentazione da parte dell'agente della concreta possibilità della provenienza della cosa da delitto**.

Insomma perché possa ravvisarsi il dolo eventuale si richiede più di un semplice motivo di sospetto, rispetto al quale l'agente potrebbe avere un atteggiamento psicologico di disattenzione, di noncuranza o di mero disinteresse; è necessaria una situazione fattuale di significato inequivoco, che impone all'agente una **scelta consapevole** tra l'agire, accettando l'eventualità di commettere una ricettazione, e il non agire, perciò, richiamando un criterio elaborato in **dottrina** per descrivere il dolo eventuale, può ragionevolmente concludersi che questo rispetto alla ricettazione è ravvisabile **quando l'agente, rappresentandosi l'eventualità della provenienza delittuosa della cosa, non avrebbe agito diversamente anche se di tale provenienza avesse avuta la certezza**.

4. La sentenza impugnata ha confermato la condanna del ricorrente per il reato ricettazione sulla base di due diverse *rationes decidendi*: il dolo eventuale del ricorrente e la mancanza di giustificazione da parte sua del possesso della carta Viacard, che secondo un orientamento giurisprudenziale sarebbe «sicuramente rivelatrice della volontà di occultamento logicamente spiegabile con un acquisto in mala fede».

E' evidente che la seconda *ratio decidendi* si risolve in un'affermazione apodittica e ingiustificata, dato che la stessa sentenza impugnata, come quella di primo grado, ha mostrato di dar credito alle dichiarazioni del ricorrente sulle circostanze dell'acquisto della carta Viacard e da queste ha dedotto l'esistenza del dolo eventuale. Perciò è solo sul solo dolo eventuale che può basarsi l'affermazione di responsabilità per la ricettazione ma sul punto la sentenza non è conforme ai principi affermati da queste Sezioni unite, perché si è limitata ad affermare «che quanto meno il dubbio circa la illecita provenienza della tessera» doveva essersi «affacciata alla mente del N. il quale senza procedere ad alcuna forma di benché minimo accertamento aveva ricevuto e varie volte utilizzato la carta in questione».

Come si è visto non basta un sospetto e non basta un semplice dubbio per integrare il dolo eventuale della ricettazione e di conseguenza si impone l'annullamento della sentenza impugnata, demandando al giudice di rinvio un nuovo giudizio sul punto relativo all'elemento psicologico, da compiere facendo applicazione dei principi sopra specificati.

L'altro delitto per il quale il ricorrente ha riportato condanna, quello previsto dagli artt. 81 c.p. e 12 d.l. n. 143 del 1991 invece è prescritto, perché in seguito all'applicazione delle attenuanti degli artt. 62, n. 4 e 6 e 62 bis c.p. risulta punito con una pena inferiore a cinque anni di reclusione e il termine di sette anni e sei mesi,

determinato in base alle disposizioni previgenti degli artt. 157 e 160 c.p., e decorrente dall'8 luglio 2000 ormai è ampiamente decorso.

Poiché secondo una giurisprudenza di questa Corte, alla quale la sentenza impugnata ha fatto riferimento (per un caso analogo a quello in esame v. Sez. I, 8 marzo, 2006, n. 11937, Elies) e nei cui confronti il ricorrente non svolto critiche argomentate, l'utilizzazione indebita di una tessera Viacard integra il reato previsto dall'art. 12 d.l. n. 143 del 1991 (sostituito dall'art. 55 d. lgs. 21 novembre 2007, n. 231) e non risultano elementi che possano giustificare un'assoluzione a norma dell'art. 129, comma 2, c.p.p., relativamente al reato del capo B) la sentenza impugnata deve essere annullata senza rinvio perché lo stesso è estinto per prescrizione.

Il giudice di rinvio dovrà provvedere all'eventuale rideterminazione della pena e al regolamento delle spese tra le parti per questo giudizio.