MANUALI

PER ESAMI • CONCORSI • FORMAZIONE

3/7

i MANUALI più venduti in Italia

AA.VV.

MEDICINA LEGALE

- Aspetti medico legali dell'illecito penale
- Percosse e lesioni
- Delitti contro la vita
- Aborto e violenza sessuale
- Principi di tossicologia forense
- Alcoolismo e sostanze psicoattive
- Aspetti codicistici della medicina legale
- Ambito civile e penale
- Responsabilità professionale
- Aspetti assicurativi e previdenziali
- Principi di tanatologia forense
- Glossario

2012

EDIZIONI GIURIDICHE SIMONE®

Gruppo Editoriale Simone

Estratto della pubblicazione

MANUALI

PER ESAMI • CONCORSI • FORMAZIONE

MEDICINA LEGALE

2012

EDIZIONI GIURIDICHE SIMONE®

Gruppo Editoriale Simone

TUTTI I DIRITTI RISERVATI

Vietata la riproduzione anche parziale

Tutti i diritti di sfruttamento economico dell'opera appartengono alla Simone S.p.A.
(art. 64, D.Lgs. 10-2-2005, n. 30)

Di particolare interesse per i lettori di questo volume segnaliamo:

3 • Diritto penale (Parte generale)
3/1 • Diritto penale (Parte speciale)
3/2 • Compendio di diritto penale (generale e speciale)
3/6 • Compendio di criminologia
7 • Diritto processuale penale
7/1 • Compendio di diritto processuale penale
19 • Diritto sanitario e S.S.N.
19/1 • Legislazione sanitaria e sociale
ST22 • Diritto penale (Parte generale)
ST23 • Diritto penale (Parte speciale)
ST24 • Diritto penale. I principali reati previsti in leggi speciali
ST32 • Criminologia

Il catalogo aggiornato è consultabile sul sito: **www.simone.it**
ove è anche possibile scaricare alcune pagine saggio dei testi pubblicati

Il volume è stato curato dal dott. Umberto Cozzolino (medico-chirurgo)
e dal dott. Fausto Izzo (magistrato di cassazione penale)
con la collaborazione di Carmen Del Core

Finito di stampare nel mese di luglio 2012
dalla «Rotobook Service s.r.l.» - Via Capri, 67 - Casoria (NA)
per conto della SIMONE S.p.A. - Via F. Russo, 33/D - 80123 - Napoli

Grafica di copertina a cura di Giuseppe Ragno

Estratto della pubblicazione

PREMESSA

«**Medicina**» e «**diritto**» rappresentano due discipline completamente differenti dello scibile umano.
Esse, tuttavia, trovano un momento simbiotico nella «**medicina legale**», che si disciplina per la connessione di numerosi aspetti applicativi della medicina nei più svariati settori della *vita sociale* e dell'*esistenza umana*.
Tali aspetti riguardano l'*aspetto peritale*, le *norme penali e civili* (sia formali che sostanziali), quelle relative al diritto delle *assicurazioni* e della *previdenza*.
La medicina legale, che ha ormai raggiunto piena autonomia concettuale e didattica, spazia in interessanti settori della scienza e del diritto caratterizzati da una continua evoluzione: dall'*etica e deontologia professionale* alla *traumatologia forense* (quest'ultima affonda le sue radici in importanti scuole anglo-sassoni), dall'*asfissia forense* alla *sessuologia forense* (che si rifà a numerose discipline ancillari come la *psicologia*, la *sociologia*, la *criminologia* ecc. e che spazia dalla *capacità al matrimonio* alla *sessualità patologica*, ai *reati sessuali* all'*inseminazione artificiale* alla *contraccezione e sterilizzazione*).
Da non trascurare, inoltre, sono gli aspetti relativi alla *psicopatologia forense*, alla *criminologia* e *difesa sociale*, nonché allo studio della *ematologia forense* (che interessa numerose applicazioni medico legali come lo studio del DNA) e alla *seminologia* (indispensabile, per esempio, per la prova della ricerca della paternità).
La **medicina legale**, dunque, ogni giorno è chiamata ad affrontare i problemi più disparati a dare una risposta sia agli aspetti teorici che a quelli pratici: ne deriva un quadro generale molto ampio e complesso che presuppone uno stretto rapporto interdisciplinare tra *servizio medico-legale* e *istituzioni giuridiche*, entrambe chiamate all'unisono, attraverso *referti, rapporti denunce e certificazioni*, a porsi al servizio dello Stato, delle istituzioni e dei cittadini.

Estratto della pubblicazione

Capitolo 1

Quadro generale

Sommario

1. Introduzione. - 2. Il rapporto medico-autorità giudiziaria. - 3. La struttura dell'illecito penale.
4. I criteri della causalità in medicina legale. - 5. La segretezza professionale.
6. La documentazione sanitaria: la cartella clinica.

1. Introduzione

Nata, inizialmente con finalità esclusivamente terapeutiche, la medicina si è successivamente differenziata in due grandi branche:

1) *medicina privata* o *clinica*, con finalità essenzialmente curative, nei diversi momenti della diagnosi, della prognosi e della terapia;
2) *medicina pubblica* o *politica*, che si occupa, invece, delle questioni mediche in relazione alle esigenze della collettività.

Quest'ultima si è scissa da tempo in due rami principali: *Igiene* e *Medicina legale,* ed in altri minori: medicina sociale, medicina del lavoro, medicina preventiva dei lavoratori, polizia medica etc.
La **medicina legale** è nata da esigenze giudiziarie (nel senso più ampio del termine: penale, civile, canonistica etc.) ed a queste esigenze rimane indissolubilmente legata (per la stessa natura e per il suo contenuto), anche se talora non mancano prestazioni richieste per interesse esclusivamente «**privatistico**», quindi svincolate da qualsiasi riflesso giudiziario, perfino ipotetico e futuro; espressione di esigenze giuridiche che richiedono tassativamente l'intervento dei medici con funzioni peritali in alcuni processi istruttori.

La medicina legale è costituita da due aree:

1) la prima, detta **medicina giuridica**, ha lo scopo di concorrere alla *formazione*, all'evoluzione *del diritto*, *all'interpretazione* e *all'applicazione delle norme* in armonia con la realtà biologica;
2) la seconda area è quella della **medicina forense** che utilizza le scienze biologiche, mediche e sociali per la *valutazione* dei singoli *casi di interesse giudiziario*.

Nella pratica la **medicina legale** si occupa dei *doveri etici e giuridici del medico* nei confronti della società, dei colleghi e dei pazienti nel delicato ambito della deontologia medica.
La disciplina affronta e risolve problemi di elaborazione e di interpretazione giuridica in materia di casi giudiziari.

In ambito giudiziario l'attenzione è rivolta da un lato alla **valutazione del danno alla persona** in ambito penalistico, civilistico e amministrativo; dall'altro, invece, **all'indagini criminologiche e balistiche**, dell'identificazione delle tracce della persona umana e del delitto.
La medicina legale svolge, inoltre, una precisa funzione sociale, nei *servizi territoriali* e *ospedalieri*, con competenze di accertamento sul cittadino e di assistenza del paziente, che vanno oltre la semplice cura e spaziano dall'accertamento o *visita fiscale* ai molti tipi di *certificazione* richiesti dalla normativa. Sul territorio e nelle aziende ospedaliere è, oggi, particolarmente importante, dal momento che ad essa è affidata la totalità delle attività medico-legali ufficiali, con le sole eccezioni dei casi gestiti direttamente dagli Istituti Assicurativi e dalle strutture universitarie. Una simile complessità della medicina ne ha reso necessaria la suddivisione in alcuni specifici settori quali la *criminologia*, l'*infortunistica*, la *tossicologia* e l'*ematologia forense*.

2. Il rapporto medico-autorità giudiziaria

A) La figura giuridica del medico

L'**esercente una professione sanitaria**, svolgendo attività lavorativa finalizzata alla tutela della salute dei cittadini, può venire a conoscenza di eventi di interesse per l'autorità giudiziaria. Il legislatore ha così previsto due modalità di obbligo all'informazione per gli operatori nell'ambito sanitario: il **referto** e la **denuncia**. Fattispecie aventi identica finalità ma difformi per *status* giuridico del sanitario e modalità di attuazione dell'informativa.
In questo contesto va evidenziato come l'evoluzione della tecnologia e dell'organizzazione in ambito sanitario abbia reso sostanzialmente anacronista la vecchia classificazione e suddivisione delle *professioni sanitarie* in *principali* (medico chirurgo, odontoiatra, farmacista, medico veterinario) e *ausiliari* (ostetrica, infermiere, podologo, logopedista ecc) cosi come previsto dal Testo Unico delle leggi sanitarie.
È quindi evidente come gli obblighi previsti dal cod. pen. in tema di informativa all'autorità giudiziaria siano certamente operanti nei confronti di tutti i professionisti sanitari che possono assumere qualifica di *Pubblico Ufficiale, Incaricato di Pubblico Servizio o Esercente un Servizio di Pubblica necessità*.
È certo, pertanto, che tale qualifica non è acquisita automaticamente con la dipendenza contrattuale dal Servizio Sanitario Nazionale, concretizzandosi, anche con carattere di transitorietà, nel momento specifico in cui si adempiono funzioni pubbliche.
Ne discende che **pubblico ufficiale** (**art. 357 c.p.**) è il sanitario operante nelle strutture del Servizio Sanitario Nazionale, al pari di professionisti dipendenti di altri enti pubblici quali i sanitari della Polizia di Stato, della Sanità Militare, dell'Amministrazione Penitenziaria, degli enti previdenziali etc.

Estratto della pubblicazione

Pubblico ufficiale

Va evidenziato come la qualifica di pubblico ufficiale sia propria anche dei sanitari incaricati di collaborare con l'amministrazione della giustizia, limitatamente allo svolgimento delle attività connesse all'espletamento degli incarichi di ausiliari di polizia giudiziaria, di consulente tecnico e di perito.
Attualmente la categoria **dell'incaricato di pubblico servizio**, prevista dall'**art. 358 cod. pen.**, è da considerarsi residuale in virtù di una giurisprudenza orientata al riconoscimento della qualifica di pubblico ufficiale anche per i sanitari, quali i medici di medicina generale, che venivano ritenuti fornitori non di una pubblica funzione, ma di un pubblico servizio.
Da ultimo lo *status* giuridico **dell'esercente un servizio di pubblica necessità**, *ex* **art. 359 cod. pen.**, qualifica da cui traspare l'importanza assegnata *tout court* dallo Stato ai professionisti sanitari e che investe tutti coloro che svolgono una attività autorizzata dallo Stato, finalizzata alla tutela del bene primario della salute. Tale categoria comprende i sanitari liberi professionisti, che operano privatamente o come dipendenti di strutture private; qualifica parimenti attribuibile ai professionisti dipendenti del servizio sanitario nazionale, allorché esercitano attività di libera professionale.

Art. 357 cod. pen. - Nozione di pubblico ufficiale
«Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa.
Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi».

Art. 358 cod. pen. - Nozione della persona incaricata di un pubblico servizio
«Agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio.
Per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di questa ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale».

Art. 359 cod. pen. - Persone esercenti un servizio di pubblica utilità
«Agli effetti della legge penale, sono persone che esercitano un servizio di pubblica necessità:
1) i privati che esercitano professioni forensi o sanitarie, o altre professioni il cui esercizio sia per legge vietato senza una speciale abilitazione dello Stato, quando dell'opera di essi il pubblico sia per legge obbligato a valersi;
2) i privati che, non esercitando una pubblica funzione, né prestando un pubblico servizio, adempiono un servizio dichiarato di pubblica necessità mediante un atto della pubblica Amministrazione».

Estratto della pubblicazione

B) Il referto

L'art. 365 cod. pen. stabilisce che:
«*Chiunque, avendo nell'esercizio di una professione sanitaria prestato la propria assistenza od opera in casi che possono presentare i caratteri di un delitto per il quale si debba procedere d'ufficio, omette o ritarda di riferire all'autorità indicata all'art. 361, è punito con la multa fino a euro 516.*
Questa disposizione non si applica quando il referto esporrebbe la persona assistita a procedimento penale».
Il legislatore ha così identificato i soggetti aventi l'obbligo alle refertazione, per qualifica e atti compiuti, specificando poi all'**art. 344 cod. di proc. pen.** le modalità di refertazione e i destinatari.
L'obbligo alla refertazione ricorre allorché il professionista sanitario fornisce la propria *assistenza* od *opera*, non essendo sufficiente che lo stesso sia mero possessore dell'informazione per conoscenza diretta o in quanto riferitogli. In questo contesto molti sono stati i contributi interpretativi, in ambito giuridico e medico legale, in ordine ai termini di "opera" e "assistenza". Così alcuni hanno identificato la differenziazione in un mero ambito cronologico, qualificando l'*opera* in un'attività estemporanea, occasionale e singola, a differenza dell'*assistenza* che si caratterizzerebbe per una continuità dell'operato.
I più ritengono che si debba identificare la prestazione di assistenza in un'attività diagnostica-terapeutica su vivente, limitandosi, invece, l'opera all'effettuazione di accertamenti su cadavere o su reperti. Distinzione che, peraltro, risulta sterile ai fini del dettato legislativo, essendo prevista la refertazione per entrambe dette attività.
Il legislatore limita l'obbligo del referto ai soli **delitti perseguibili d'ufficio**; alcuni di questi imporrebbero al sanitario di accertare le modalità di accadimento dei fatti, la causa del danno alla persona e il formulare *ab initio* il giudizio prognostico.

Delitti perseguibili d'ufficio
Tra i delitti perseguibili d'ufficio, per quelli di interesse sanitario si segnalano: *delitti contro la vita, delitti contro l'incolumità individuale, delitti contro la libertà personale, delitti contro la pietà verso i defunti, l'interruzione illecita di gravidanza, delitti contro la famiglia.*

Compete al sanitario accertare sommariamente quelli che sono gli **elementi costitutivi del reato** sotto lo stretto ambito sanitario; in questo contesto l'identificazione dei «*…casi che possono presentare i caratteri di un delitto per il quale si debba procedere d'ufficio…*» non può essere affidata ad altri (polizia giudiziaria, magistrato). Specifico è il riferimento al riscontro su cadavere di lesioni che orientano per una morte violenta (omicidio o suicidio), ovvero alla delimitazione del periodo di malattia da lesioni personali; in questo contesto basti considerare che la durata della malattia costituisce elemento per qualificare la lesione dolosa come perseguibile d'ufficio.

Delitti perseguibili d'ufficio

Allorché il sanitario si trova in presenza di dati oggettivi sulla base dei quali non è in grado di formulare giudizi in termini di certezza, il termine "*possono*" utilizzato dal legislatore, va inteso nell'accezione più ampia; in altri termini la mera *possibilità* del concretizzarsi della fattispecie del delitto perseguibile d'ufficio comporta l'obbligo alla refertazione; in caso contrario il legislatore avrebbe usato termini quali *probabilità* o *certezza*.
La finalità informativa della refertazione e l'interesse dell'autorità giudiziaria ad acquisire la notizia sottendono la volontà del legislatore a rendere fruibile un'informazione in maniera più ampia possibile. Va, infatti, ricordato che l'omissione di referto integra un **reato di pericolo** e **non di danno**, per cui il mero concretizzarsi di situazioni di pericolo a seguito dell'omessa refertazione, anche in assenza del verificarsi di danni, integra da sola il **reato di omissione**. Specifica esenzione dell'obbligo alla refertazione si ha quando «*… il referto esporrebbe la persona assistita a procedimento penale*». Trattasi di esimente motivata da finalità di salvaguardia della salute, bene primario tutelato dalla Costituzione; tutti devono infatti avere diritto ad usufruire di trattamenti sanitari anche quando si sono resi autori di reati.

Articolo 32 della Costituzione
La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.
Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

Particolare attenzione richiede, per il medico, la norma che subordina l'obbligo del referto ai casi che possono presentare i caratteri di un delitto per il quale si debba procedere d'ufficio.
Così, ad es., la **lesione lievissima**, guaribile entro il ventesimo giorno, esclude l'obbligo del referto *se non sussistano circostanze aggravanti*: di quest'ultime, alcune sono di pertinenza medica, come quelle indicate dall'**art. 583 cod. pen.** (lesioni gravi o gravissime; pericolo di vita, sfregio) oppure l'accertamento che il fatto è stato commesso con l'ausilio di armi o sostanze corrosive; altre, invece, hanno una connotazione di carattere essenzialmente giuridico come la determinazione dei motivi del fatto e su cui il sanitorio non può far valutazioni.

Articolo 583 Codice Penale - *Circostanze aggravanti*
La lesione personale è grave e si applica la reclusione da tre a sette anni:
1) se dal fatto deriva una malattia che metta in pericolo la vita della persona offesa, ovvero una malattia o un'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un tempo superiore ai quaranta giorni;
2) se il fatto produce l'indebolimento permanente di un senso o di un organo;
[3) se la persona offesa è una donna incinta e dal fatto deriva l'acceleramento del parto.] (Numero abrogato dall'art. 22, Legge 22 maggio 1978, n. 194).

La lesione personale è gravissima, e si applica la reclusione da sei a dodici anni, se dal fatto deriva:
1) una malattia certamente o probabilmente insanabile;
2) la perdita di un senso;
3) la perdita di un arto, o una mutilazione che renda l'arto inservibile, ovvero la perdita dell'uso di un organo o della capacità di procreare, ovvero una permanente e grave difficoltà della favella;
4) la deformazione, ovvero lo sfregio permanente del viso;
[5) l'aborto della persona offesa.] (Numero abrogato dall'art. 22, Legge 22 maggio 1978, n. 194).

L'**elemento psicologico** del reato influisce anch'esso, poiché per le lesioni colpose non sussiste l'obbligo del referto, a meno che non ci si trovi di fronte ad ipotesi di lesioni gravi o gravissime, limitatamente ai fatti commessi con la violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene del lavoro, o che abbiano causato una malattia professionale.
La **discriminante** è ovviamente rappresentata dalle cause. Ad esempio, una ferita può essere il prodotto di un evento incidentale ed allora non ci si trova di fronte ad un reato; può essere invece il prodotto di un'azione altrui dolosa o colposa, configurandosi così l'ipotesi di reato. La valutazione deve richiedere che il sanitario indaghi se la lesione possa essere espressione di una azione delittuosa, valutando principalmente le cause, se si tratta cioè di una causa fortuita oppure di una causa dolosa o colposa.
Certamente non si tratta di un'indagine giudiziaria che cerca di stabilire se il fatto sia reato o no, ma di una valutazione di fatto, tecnica o empirica.
Trattasi, quindi, di una valutazione che esula dal campo puramente clinico ed investe anche quella delle circostanze che hanno accompagnato il fatto.

Può, pertanto, ritenersi che:

l) per decidere circa l'obbligo del referto, non è sufficiente la semplice valutazione clinica;
2) occorre altresì indagare sommariamente circa le cause, se cioè trattasi di evento legato ad incidente o di delitto doloso o colposo;

A titolo esemplificativo, sul punto relativo ai poteri delibativi del medico, la **giurisprudenza** ha statuito che:
"In tema di omissione di referto riferibile a lesioni conseguenti ad infortunio sul lavoro, non compete **al sanitario** alcun potere di delibazione della configurabilità di estremi di reato, dovendo la sua valutazione limitarsi al **solo esame delle modalità del fatto portato a sua conoscenza**. Ove non risulti, in base ad elementi certi ed obiettivi (che quindi non necessitano di alcuna verifica in sede di indagine) che il fatto si sia verificato indipendentemente da condotte commissive od omissive di chi aveva l'obbligo giuridico di impedire l'evento, il sanitario è tenuto all'obbligo del referto. Pertanto, se non sia possibile escludere, in astratto, l'esistenza di nesso causale tra l'infortunio e la violazione di norme antinfortunistiche, l'omessa segnalazione alla competente autorità da parte del sanitario di ipotesi di reato perseguibili d'ufficio, integra gli estremi del delitto di cui all'art. 365 cod. pen. (Cass. Sez. 6, sent n. 1473 del 4/02/1999).

Estratto della pubblicazione

Delitti per i quali vi è l'obbligo di referto

L'obbligo del referto presuppone che il sanitario abbia prestato la «*propria*» opera od assistenza, nel senso che la prestazione deve essere stata effettuata personalmente e nell'esercizio della professione.
Tale obbligo viene meno quando il sanitario abbia suggerito per telefono o a mezzo terzi di ricoverare in nosocomio la persona bisognevole di prestazione diagnostico-terapeutica, ovvero quando egli sia venuto a conoscenza del fatto senza visitare la persona bisognevole di cura.
Il referto deve essere presentato immediatamente se vi è «pericolo nel ritardo», quindi, non solo rispetto al pericolo di vita della persona assistita, ma anche per ogni ulteriore circostanza tale da determinare «pericolo» (per altre persone, per la sicurezza collettiva, per la salute pubblica e così via).
L'obbligo del referto cessa quando esso esporrebbe la persona assistita a procedimento penale (art. 365 cod. pen.).
Tale limitazione risponde ad evidenti motivi d'umanità: ed è riferibile unicamente alla persona lesa e non ad altri, anche se si tratta di un familiare, magari lo stesso che ha richieso l'intervento del medico e ne ha compensato le prestazioni. Non è superfluo rilevare, inoltre, che l'obbligo del referto sussiste ancorché la stessa persona assistita preghi il sanitario d'astenersene, non volendo esporre a procedimento penale chi l'ha colpita (si tratta di un obbligo essenzialmente verso lo Stato, e solo in via subordinata utile alla parte lesa; non è quindi disponibile da questa l'autorizzazione ad ometterlo).
La giurisprudenza ha precisato che l'**esonero** del sanitario dall'obbligo di **referto** di cui al secondo comma dell'art. 365 c.p. **è previsto solo** per il caso in cui i fatti che si dovrebbero descrivere nel referto convergono nell'indicare il **paziente quale autore del reato** esponendolo a procedimento penale. La Cassazione, in particolare ha ritenuto che non vi fosse esonero per il sanitario nel caso di ricovero di un paziente per tossicosi acuta da assunzione di droga, in quanto l'ipotesi che l'assistito fosse egli stesso un trafficante non poteva essere direttamente collegata al referto ma solo all'esito di ulteriori indagini che dal referto potevano prendere solo spunto (Cass. n. 18052/2001).

Si riportano di seguito i delitti di maggior interesse medico per i quali vi è obbligo di referto:

— Art. 438 - Epidemia;
— Art. 439 - Avvelenamento di acque o di sostanze alimentari;
— Art. 440 - Adulterazione e contraffazione di sostanze alimentari;
— Art. 442 - Commercio di sostanze alimentari contraffatte o adulterate;
— Art. 443 - Commercio o somministrazione di medicinali guasti;
— Art. 444 - Commercio di sostanze alimentari nocive;
— Art. 445 - Somministrazione di medicinali in modo pericoloso per la salute pubblica;
— Art. 582 e 583 - Lesione personale dolosa lieve, grave e gravissima;

Estratto della pubblicazione

— Art. 575 - Omicidio volontario;
— Art. 589 - Omicidio colposo;
— Art. 590 - Lesione personale colposa grave e gravissima, se derivanti da violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene del lavoro od alle malattie professionali (legge 24 novembre 1981, n. 689);
— Art. 591 - Abbandono di persone minori o incapaci;
— Art. 593 - Omissione di soccorso;
— Art. 613 - Stato d'incapacità procurato mediante violenza;
— Art. 643 - Circonvenzione di persone incapaci;
— Artt.17, 18 e 19 della legge 22 maggio 1978, n. 194 - Interruzione della gravidanza per colpa e parto prematuro; interruzione della gravidanza senza il consenso della donna e interruzione della gravidanza con azione diretta a provocare lesioni alla donna; interruzione volontaria, senza l'osservanza degli artt. 5 e 8 di detta legge; interruzione della gravidanza senza l'accertamento medico *ex* artt. 6 e 7 di detta legge; interruzione volontaria della gravidanza su donna minore di anni diciotto.

C) La denuncia

L'obbligo di **denuncia** è previsto dal vigente cod. di proc. pen. per il *pubblico ufficiale* e per l'*incaricato di pubblico servizio* secondo le modalità stabilite dall'**art. 331**.

Art. 331 cod. proc. pen. - Denuncia da parte di pubblici ufficiali e incaricati di un pubblico servizio
«Salvo quanto stabilito dall'art. 347, i pubblici ufficiali e gli incaricati di un pubblico servizio che nell'esercizio o a causa delle loro funzioni o del loro servizio, hanno notizia di un reato perseguibile di ufficio, devono farne denuncia per iscritto, anche quando non sia individuata la persona alla quale il reato è attribuito.
La denuncia è presentata o trasmessa senza ritardo al pubblico ministero o a un ufficiale di polizia giudiziaria.
Quando più persone sono obbligate alla denuncia per il medesimo fatto, esse possono anche redigere e sottoscrivere un unico atto.
Se, nel corso di un procedimento civile o amministrativo, emerge un fatto nel quale si può configurare un reato perseguibile d'ufficio, l'autorità che procede redige e trasmette senza ritardo la denuncia al pubblico ministero».

In merito alla diversa figura dei professionisti sanitari su cui incombe l'obbligo della denuncia rispetto al referto (il medico non sempre è pubblico ufficiale), le due attività di informazione all'autorità giudiziaria si differenziano anche per le **esimenti**, per **l'oggetto** e le **modalità** di acquisizione e trasmissione della notizia.
La **denuncia** è **obbligatoria per tutti i reati** (sia per i delitti che per le contravvenzioni) a differenza del **referto**, che è **obbligatorio solo per i delitti**.

Differenze tra denuncia e referto

In riferimento ad essa non è richiesto che il denunciante abbia prestato la propria opera o assistenza, essendo sufficiente che il professionista sanitario ne abbia «*avuto notizia nell'esercizio o a causa delle sue funzioni*». Decisamente più ampio, quindi, il contesto degli eventi che possono costituire oggetto di denuncia, tenuto anche conto del fatto che per la denuncia non è prevista l'esimente allorché si esponga il soggetto assistito a procedimento penale.
Per gli adempimenti procedurali la **denuncia** va presentata o **trasmessa senza ritardo**, a differenza del **referto** per il quale è previsto un **limite massimo di 48 ore** e altresì la trasmissione immediata in caso di pericolo.
Limitatamente alle modalità di compilazione, nonostante la identica finalità, sono previste sensibili differenze tra referto e denuncia. La **denuncia**, come prospettato dall'**art. 332 cod. di proc. pen.**, deve riportare «*gli elementi essenziali del fatto*»; nel **referto**, invece, come stabilito dall'**art. 334 cod. di proc. pen.**, va indicata più specificatamente «*la persona alla quale è stata prestata assistenza e, se possibile, le sue generalità, il luogo ove si trovava attualmente e quanto altro valga ad identificarla, nonché il luogo e il tempo e le altre circostanze dell'intervento*», precisando come vadano fornite «*inoltre notizie che servono a stabilire le circostanze di fatto, i mezzi con i quali è stato commesso e gli effetti che ha causato o può causare*».
Tra i doveri del medico verso lo Stato ha un particolare rilievo, anche per la sua frequenza, quello di farsi «denunziante», all'autorità amministrativa o giudiziaria, in **casi** caratterizzati da **esigenze profilattiche** e più in genere sociali, che prevalgono sull'interesse individuale.

I **doveri pubblici** che incombono sul medico possono essere distinti in:

a) doveri verso la **sanità pubblica** (denuncia delle malattie infettive e diffusive; denuncia dei fatti che possono interessare la sanità pubblica; denuncia delle vaccinazioni ecc.);
b) doveri verso la **pubblica amministrazione** (denuncia delle cause di morte; denuncia delle nascite; denuncia dei nati con malformazione congenita ecc.);
c) doveri verso l'**amministrazione della giustizia** (referto ed altre denunce obbligatorie).

Trattandosi dell'obbligo di denuncia di fatti di notevole interesse sociale, nei quali si ravvisa la «giusta causa», viene meno la violazione del segreto professionale, che è diretto appunto alla tutela di interesse privato. Infatti, sono da ritenersi «giusta causa» di rivelazione del segreto quegli obblighi che vengono imposti al medico da norme imperative.
L'obbligo di denuncia esiste, pertanto, in relazione a leggi sanitarie, a leggi di pubblica sicurezza, a leggi penali, civili ed anche assicurative.

Estratto della pubblicazione

Oltre che d'omessa denuncia, il sanitario può essere chiamato a rispondere di reati connessi alla redazione d'una falsa denuncia (diffamazione, calunnia, concorso in truffa d'una assicurazione sociale, favoreggiamento personale ecc.).

Le **denunce obbligatorie** (non tutte relative a reati) per il medico sono le seguenti:

1) la dichiarazione di nascita;
2) la denuncia dei nati con malformazione congenita;
3) la denuncia delle vaccinazioni obbligatorie (antidifterica, antitetanica, antipoliomielitica, antitifica, antitubercolare);
4) la denuncia delle malattie infettive e diffusive o comunque di malattie sospette di esserlo;
5) la denuncia delle malattie veneree;
6) la denuncia delle malattie professionali (non per fini assicurativi);
7) la denuncia, a scopo assicurativo, degli infortuni agricoli e delle malattie professionali nell'agricoltura;
8) la denuncia dei casi d'intossicazione da antiparassitari;
9) la denuncia dei casi di lesione da cui sia derivata o possa derivare un'inabilità al lavoro, anche parziale, di carattere permanente;
10) la denuncia delle cause di morte;
11) la denuncia dei fatti che riguardano la sanità pubblica;
12) la comunicazione dell'interruzione volontaria della gravidanza;
13) la comunicazione delle persone che fanno uso non terapeutico di sostanze stupefacenti o psicotrope;
14) la denuncia degli apparecchi radiologici e delle sostanze radioattive;
15) il rapporto di abbandono di minori (art. 9, L. 4 maggio 1983, n. 184 - *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*);
16) la comunicazione degli effetti indesiderati dei farmaci (art. 9, L. 23 dicembre 1987, n. 531 - *Disposizioni urgenti in materia sanitaria*).

Negli ospedali, è compito del direttore sanitario inoltrare alle autorità competenti le denunce obbligatorie (art. 5 D.P.R. 27 marzo 1969, n. 128 - *Ordinamento interno dei servizi ospedalieri*), compilate dai Sanitari della Divisione o del Servizio in cui trovasi l'ammalato.

D) Gli ulteriori impegni informativi del medico

Il *referto* e la *denuncia* non esauriscono gli obblighi di informativa dei sanitari, essendo non meno importanti sotto il profilo pubblicistico altri impegni da adempiere, per legge, verso una determinata autorità pubblica. È infatti interesse dello Stato venire a conoscenza di notizie in ambito sanitario sia per finalità amministrative, sia per finalità di tutela della salute della collettività.
Diverso può essere, quindi, *l'oggetto dell'informativa* cosi come, di conseguenza, diversi saranno i *destinatari dell'informazione* che, a seconda dell'informativa di riferimento, sono interessati ad avere notizia di quel determinato fatto.

Estratto della pubblicazione

Si riportano gli **obblighi informativi in ambito amministrativo a carico del personale sanitario**:

- **certificato di assistenza al parto**: va rilasciato al genitore dal medico o dall'ostetrico che ha presenziato al parto; esso, dopo l'esibizione all'ufficiale di stato civile ai fini della dichiarazione di nascita, viene trasmesso all'ufficio competente della ASL;
- **certificato di constatazione di morte**: è compilato dal medico che interviene per primo a constatare il decesso; va presentato all'ufficiale di stato civile e contiene le generalità del defunto, ove desumibili, l'ora e la data della constatazione.

Vi sono poi le **denuncie all'autorità sanitaria**:

- **denuncia di nato deforme***:* effettuata dal medico che ha assistito al parto e inviata, entro 48 ore, al sindaco e alla ASL competente;
- **segnalazioni di vaccinazioni obbligatorie**: il sanitario che effettua la vaccinazione deve darne comunicazione, utilizzando apposita modulistica, alla ASL.

3. La struttura dell'illecito penale

A) Introduzione

Il sanitario, dovendo collaborare con l'autorità giudiziaria in relazione agli obblighi di denuncia o referto, ovvero perché chiamato a svolgere compiti di consulente tecnico o perito, deve avere una **sommaria conoscenza dei principali istituti di diritto penale**.

La conoscenza della struttura del reato lo renderà più consapevole dell'opera da svolgere e ciò tornerà **utile anche in campo civile**, in quanto le valutazioni che un consulente tecnico (di ufficio o di parte) è chiamato a svolgere in sede civile sono analoghe a quelle che un consulente tecnico di parte od un perito di ufficio è chiamato a svolgere in sede penale in relazione all'accertamento del fatto, del nesso causale e dell'elemento soggettivo.

B) Definizione di reato

Il diritto penale prevede un sistema di norme che puniscono, con sanzioni di carattere afflittivo, i comportamenti umani che l'ordinamento ritiene *particolarmente offensivi di beni giuridici* meritevoli di tutela. Sono beni giuridici, ad esempio, la vita, l'integrità fisica, l'onore, il patrimonio, la fede pubblica ecc. Quando la lesione o la messa in pericolo di tali beni è rilevante, l'ordinamento risponde con **sanzioni penali**; quando tale offesa è di minore rilevanza si affida alle **sanzioni civili** (es. risarcimento dei danni) o **amministrative** (es. sanzioni pecuniarie per infrazioni stradali).

La sanzione penale si riconosce rispetto ad una sanzione amministrativa in base alla pena prevista: sono reati, e quindi illeciti penali, quei comportamenti puniti con l'*ergastolo*, la *reclusione*, l'*arresto*, la *multa*, l'*ammenda* (art. 17 c.p.). Sono inoltre pene tipiche dei reati di competenza del Giudice di pace, la *permanenza domiciliare* ed il *lavoro di pubblica utilità* (cfr. art. 52 d.Lgs. 274/2000). Se un illecito prevede una altro tipo di sanzione è un illecito amministrativo.

Estratto della pubblicazione

Da un punto di vista formale è **reato** quel «*fatto giuridico volontario illecito al quale l'ordinamento ricollega come conseguenza una sanzione penale*». Generalmente le ipotesi di reato sono previste da leggi penali (codice penale, leggi penali complementari); non mancano, però, casi in cui previsioni di reati sono inserite in leggi che attengono alla materia civile o amministrativa (si pensi ai reati in materia societaria di cui agli artt. 2621 ss. cod. civ.).
Dei reati si fanno varie distinzioni e classificazioni, a seconda dei vari elementi essenziali (condotta, evento, oggetto giuridico ecc.). La **distinzione** più importante è quella, espressamente prevista dal codice, dei **delitti** e delle **contravvenzioni**. Il criterio distintivo più sicuro è quello formale adottato dall'art. **39 c.p.**, ai sensi del quale «i reati si distinguono in delitti e contravvenzioni, **secondo la diversa specie delle pene** per essi rispettivamente stabilite da questo codice». L'art. 17, poi, dispone che «le pene principali stabilite per i **delitti** sono l'*ergastolo, la reclusione e la multa*; le pene principali stabilite per le **contravvenzioni** sono l'*arresto e l'ammenda*».

C) Il soggetto attivo del reato

Ogni reato è frutto del comportamento umano e quindi presuppone necessariamente un soggetto che lo compia. Soggetto attivo o **autore del reato** è chi realizza il fatto tipico previsto dalla legge, cioè chi pone in essere il comportamento costituente reato. Solo le **persone fisiche** possono essere soggetti attivi del reato, non anche le persone giuridiche in quanto "*societas delinquere non potest*", sebbene la legge preveda un sistema sanzionatorio anche per gli enti nel caso di reati commessi da loro rappresentanti o soggetti preposti ad agire per loro conto (D.Lgs. 8-6-2001, n. 231).

A seconda del soggetto che compie il reato, si possono distinguere:

— **reati comuni**, che possono essere commessi da ogni persona, indipendentemente dal possesso di particolari qualifiche soggettive;
— **reati propri** per la cui commissione la legge richiede una speciale qualifica del soggetto attivo, che prende il nome di "intraneus".
L'omissione di referto può essere commessa solo da chi riveste la qualità di esercente una professione sanitaria ed è dunque un reato "proprio"; invece l'omicidio può essere commesso da "chiunque" ed è dunque un reato comune.

Il reato, inoltre, può essere commesso da un solo soggetto o da una **pluralità di agenti**. In tale ultimo caso si distingue tra:

— reati **plurisoggettivi necessari**, per i quali è la stessa norma incriminatrice a richiedere che siano commessi da più di una persona (ad es. la rissa, art. 588; l'associazione per delinquere, art. 416 etc.);
— reati a **concorso eventuale** (plurisoggettivi non necessari), in cui la presenza di una pluralità di agenti è solo occasionale; in tal caso si parlerà di "concorso" nel reato (artt. 110 e ss. c.p.). Ad esempio una rapina può essere commessa sia da una sola persona, si da una pluralità di soggetti in concorso, anche con ruoli diversi.

Il concorso di persone è configurabile anche nei reati propri: ad esempio quando viene commesso il delitto di omissione di referto dal sanitario, istigato dal paziente. In tal caso vi sarà un concorso dell'*intraneus* con l'*extraneus*.

Soggetto attivo del reato

D) Il soggetto passivo del reato

Soggetto passivo del reato è il **titolare del bene** (o interesse) **tutelato dalla norma penale** incriminatrice e leso dal reato. Il codice parla di «persona offesa dal reato». Soggetto passivo può essere una singola persona fisica o giuridica, oppure anche una pluralità di persone: così nel reato di furto soggetto passivo è il detentore della cosa rubata; nel reato di sottrazione di cosa comune soggetti passivi sono coloro che posseggono in comune la cosa.
Occorre anche distinguere il soggetto passivo del reato dal **danneggiato**, cioè colui che dal reato ha subito un danno civilmente risarcibile. Spesso soggetto passivo e danneggiato coincidono nella stessa persona (ad es. nel delitto di lesioni personali); talvolta, invece, sono soggetti diversi (ad es. nell'omicidio la persona offesa è la vittima, danneggiati civili sono, invece, i familiari).

E) La struttura del reato

Nella teoria analitica del reato è prevalente la tesi della **struttura tripartita del reato**, che vede l'illecito penale composto da tre elementi strutturali:

— il **fatto tipico**, descritto dal legislatore nella norma incriminatrice: ad esempio nell'omicidio (art. 575 c.p.) "chiunque cagiona la morte di un uomo, è punito….". Esso è costituito da un ***elemento oggettivo*** (*condotta* umana, *evento* e *nesso di causalità* tra la condotta e l'evento) ed un elemento soggettivo, psicologico, che può assumere le forme del *dolo*, della *colpa* o della *preterintenzione*;

— l'**antigiuridicità** che connota di *disvalore il fatto tipico* rispetto a tutto l'ordinamento. Ad esempio chi uccide volontariamente un uomo commette omicidio (fatto tipico), ma se lo ha fatto per legittima difesa, mancando l'antigiuridicità della sua condotta, non è configurabile il reato. Pertanto perché sussista il reato, non è sufficiente che vi sia una norma di divieto che lo preveda (es. art. 575 c.p., *omicidio*), ma è necessario anche che non vi sia alcuna norma dell'ordinamento che eccezionalmente consenta quel fatto eliminandone l'antigiuridicità (es. art. 52 c.p., *legittima difesa*);

— la **colpevolezza**, intesa come *rimproverabilità* dell'autore. Pertanto non basta che un soggetto ponga in essere un fatto tipico ed antigiuridico, ma è necessario che sia rimproverabile. Ad esempio se un soggetto commette volontariamente un omicidio, non in situazione di legittima difesa, se era incapace di intendere e di volere (mancanza di imputabilità), non è rimproverabile, e pertanto, difettando la colpevolezza non si configurerà il reato di omicidio e non sarà applicata alcuna pena, ma una misura di sicurezza (es. ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, art. 222 c.p.).

Estratto della pubblicazione

VERIFICA DELLA SUSSISTENZA DI UN REATO IN CONCRETO	
Nel seguente schema viene analizzata un'ipotesi di omicidio volontario *ex* art. 575 c.p.	
PRESUPPOSTI DEL FATTO	→ *la vittima Caio era una persona vivente*
FATTO TIPICO	
ELEMENTO OGGETTIVO	
Condotta	→ *Tizio ha sparato con una pistola*
Evento	→ *Caio è morto*
Nesso causale	→ *la morte è conseguenza della ferita d'arma da fuoco*
ELEMENTO SOGGETTIVO	
DOLO	→ *volontarietà dell'evento*
Momento rappresentativo	→ *Tizio si è rappresentato di stare sparando ad un uomo*
Momento volitivo	→ *la sua intenzione era di uccidere*
ANTIGIURIDICITÀ	→ *la condotta di Tizio non è giustificata da alcuna altra norma: ad es. non ha agito per legittima difesa*
COLPEVOLEZZA	→ *Tizio è "rimproverabile" in quanto al momento del fatto era capace di intendere e volere ed ha agito con coscienza e volontà della condotta e dell'evento*

F) L'elemento oggettivo del fatto tipico: la condotta

La condotta, cioè il comportamento umano che rappresenta uno dei tre elementi oggettivi del reato, si distingue in attiva (**azione**) o negativa (**omissione**) ed in ogni caso deve essere accompagnata dalla coscienza e volontà di colui che la compie (art. 42, co. 1°, c.p.). Affinché vi sia **azione** occorre un movimento corporeo dell'uomo (anche la sola parola) che si concretizzi in atti esternamente visibili e manifestati. Così intesa, l'azione può essere costituita da un unico atto (nel qual caso si parla di reati *unisussitenti*) o da una pluralità di atti (reati *plurisussistenti*): in quest'ultimo caso, perché l'azione rimanga unica, è necessario che tutti gli atti siano contestuali (ossia si susseguano senza notevole interruzione di tempo) ed, altresì, diretti ad un unico fine (es. se Tizio uccide Caio con undici coltellate, commette in questo caso solo il delitto di omicidio e non anche una pluralità di reati di lesioni. Se, invece, una delle coltellate era stata inferta due ore prima, potrà essere chiamato a rispondere di lesioni per la prima condotta e di omicidio per le condotte successive).

I **reati omissivi** si distinguono in due categorie:

— reati ***omissivi propri***, quelli per la cui sussistenza è necessaria e sufficiente la semplice condotta negativa del reo, non essendo richiesto anche un ulteriore effetto di tale condotta: ad esempio, il reato di omissione di referto, il reato di omissione di atti di ufficio ecc.;

I reati omissivi impropri

— reati ***omissivi impropri*** (anche detti *commissivi mediante omissione*), quelli in cui all'omissione consegue l'evento: ad esempio, il caso del cantoniere il quale, omettendo di manovrare uno scambio causa un sinistro ferroviario (art. 40 , c. 2°, c.p.).
Il reato omissivo improprio è caratterizzato dal fatto che l'evento può essere prodotto sia con una condotta attiva che omissiva: ad es. attraverso una guida spericolata (condotta attiva) può essere commesso un omicidio colposo; un medico che negligentemente non somministra un farmaco e determina il decesso del paziente, commette, invece, un omicidio colposo attraverso un'omissione.

Nel primo esempio il reato è commissivo; nel secondo è omissivo "improprio".

G) (segue): l'evento

L'**evento** è qualsiasi accadimento che consegue ad una data condotta.
Secondo la ***concezione naturalistica***, l'evento è qualsiasi modificazione della realtà naturale, conseguenza della condotta esteriore dell'uomo, cui l'ordinamento giuridico ricollega determinati effetti (es. la lesione, la morte, la trasformazione della cosa, ecc.).
Secondo la ***concezione giuridica***, invece, l'evento coincide con l'offesa arrecata dal reato e consiste nella lesione o messa in pericolo del bene protetto dalla norma.

Se si segue la concezione giuridica, tutti i reati hanno un evento, in quanto ognuno di essi offende un determinato bene giuridico che la norma penale mira a tutelare. Invece, secondo la più accreditata **teoria naturalistica**, i reati andrebbero distinti in:

— ***reati di pura condotta***, per realizzare i quali non è necessario che sin verifichi un evento in senso naturalistico (es. l'omissione di atti d'ufficio; la detenzione abusiva di un'arma);
— ***reati di evento***, per consumare i quali è sempre necessario il verificarsi di un evento naturalistico (es. la morte nell'omicidio, l'insorgenza della malattia nelle lesioni, la trasformazione o distruzione della cosa nel danneggiamento). Nell'ambito dei reati di evento, quest'ultimo può essere costituito anche da un mero "pericolo" (es. pericolo per la incolumità pubblica *ex* art. 423, c. 2°, c.p.).

H) (segue): il nesso causale

Il **nesso causale** è il legame necessario tra la condotta umana e l'evento (in diritto penale si pretende che il reo abbia contribuito materialmente alla verificarsi del risultato dannoso). È quindi criterio di "imputazione oggettiva" del fatto al soggetto, sì da provare che non solo la condotta , ma anche il risultato lesivo è "opera" dell'agente.

Estratto della pubblicazione

Gli artt. 40 e 41 c.p., che disciplinano il rapporto di causalità, non consentono di individuare un modello univoco di causalità ed hanno dato adito ad un dibattito dottrinale e giurisprudenziale non ancora esauritosi. Le **principali teorie** in materia sono le seguenti:

— ***teoria condizionalistica***: secondo la quale ogni antecedente dell'evento, senza il quale non si sarebbe verificato, è causa di esso. Tale teoria impone di ricorrere al "procedimento di eliminazione mentale" ("*condicio sine qua non*"), in base al quale bisogna verificare se eliminata la condizione l'evento non si sarebbe verificato: in caso di risposta positiva, la condizione assurge a causa dell'evento. I punti critici di tale teoria è che, dunque, consente un "regresso all'infinito", anche ad antecedenti remoti;

— ***teoria della causalità adeguata***, sorta per ovviare al pericolo della eccessiva estensione del concetto di causa (e di conseguenza della responsabilità) cui porta la teoria condizionalistica.
Secondo tale teoria, infatti, causa dell'evento è solo la condizione più idonea a produrlo: affinché esista un rapporto di causalità giuridicamente rilevante, dunque, occorre che l'agente abbia determinato l'evento con un'azione adeguata a produrlo;

— ***teoria della sussunzione del rapporto causale sotto leggi scientifiche***, oggi prevalente in dottrina e giurisprudenza, secondo cui un antecedente è condizione necessaria di un evento, se rientra nel novero di quegli antecedenti che, secondo una successione regolare, conforme ad una legge dotata di validità scientifica (c.d. *legge generale di copertura*) determina il verificarsi di quegli eventi.
Le *leggi scientifiche* sono: *universali*, se spiegano la verificazione dell'evento in termini di certezza senza eccezioni; *statistiche*, che spiegano il ricollegarsi di un evento ad una determinata condizione solo in termini percentualistici.
Il punto debole di tale teoria è costituito dalla frequente impossibilità di disporre di leggi universali e dalla difficoltà di poter sempre dare risposte probabilistiche con percentuali vicine alla certezza.
Ciò ha condotto, soprattutto la giurisprudenza ad elaborare una **distinzione** tra "**probabilità statistica**" e "**probabilità logica**": la prima è riferita al tipo di evento; la seconda è riferita al singolo evento concreto ("*causalità individuale*").
Tale distinzione è contenuta nella nota "**sentenza Franzese**" in cui è stato stabilito, con riferimento ad un'ipotesi di reato colposo omissivo improprio, che "*il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi*

Estratto della pubblicazione

causali alternativi, l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva" (Cass. SS.UU. 30328/02, imp. Franzese).

Probabilità statistica e logica

I) (segue): il nesso causale nei reati omissivi impropri

Ai sensi dell'**art. 40, co. 1, c.p.**, viene attribuita efficacia causale all'omissione laddove la imputazione oggettiva dell'evento è ricollegata indifferentemente sia all'*azione* che all'*omissione*. Nel **secondo comma** viene codificata una clausola di equivalenza tra azione ed omissione ("***Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo***"). È per tale motivo che la causalità omissiva si ritiene abbia natura normativa e non naturalistica.

Al fine di garantire il rispetto del principio di legalità, l'attenzione dell'interprete deve essere indirizzata alla individuazione dell'effettiva esistenza di un obbligo giuridico di impedire l'evento, in modo tale da determinare una sua tipizzazione senza lasciare spazio ad eccessive generalizzazioni con pericolo di smarrimento della tipicità del fatto.

Pertanto, la tematica dei reati omissivi impropri impone preliminarmente di individuare tra le varie omissioni, quelle ricollegabili ad obblighi giuridici che impongono di agire con finalità impeditive dell'evento dannoso; in secondo luogo impone di valutare, la concreta efficienza eziologica della omissione.

Quanto alla *prima problematica*, per attribuire ad una condotta omissiva umana una efficacia casuale, è necessario che l'agente si trovi in una c.d. "**posizione di garanzia**" e che cioè, in ragione della sua prossimità con il bene da tutelare, sia titolare di poteri ed obblighi che gli consentono di attivarsi onde evitare la lesione o messa in pericolo del bene giuridico che deve tutelare (secondo comma dell'art. 40 c.p.: "*Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*").

La *ratio* della disposizione va ricercata nell'intenzione dell'ordinamento di assicurare a determinati beni giuridici una tutela rafforzata, attribuendo ad altri soggetti, diversi dall'interessato, l'obbligo di evitarne la lesione e ciò perché il titolare non ha il completo dominio delle situazioni che potrebbero mettere a rischio l'integrità dei suoi beni.

La **fonte dell'obbligo** che radica una posizione di garanzia deve essere determinata legislativamente, salva la possibilità meramente integrativa della normazione secondaria; inoltre, tale fonte può anche essere rinvenuta nel contratto. La posizione di garanzia può essere distinta in: "**obbligo di protezione**" di uno specifico bene da qualsiasi possibile pericolo che ne attenti l'integrità; "**obbligo di controllo**" in relazione a determinate fonti di pericolo, per la tutela di tutti i beni che potrebbero essere offesi.

Estratto della pubblicazione

Riassumendo, perché nasca una posizione di garanzia, è necessario che : vi sia un bene giuridico che necessiti di protezione e che da solo il titolare non è in grado di proteggere; che una fonte giuridica (anche negoziale) abbia la finalità della sua tutela; che tale obbligo gravi su una o più specifiche persone; che queste ultime siano dotate di poteri impeditivi della lesione del bene che hanno "preso in carico".
Invero, i titolari della posizione di garanzia devono essere forniti dei necessari poteri impeditivi degli eventi dannosi. Il che non significa che dei **poteri impeditivi** debba essere direttamente fornito il garante, ma è sufficiente che gli siano riservati mezzi idonei a sollecitare gli interventi necessari per evitare che l'evento dannoso venga cagionato, per la operatività di altri elementi condizionanti di natura dinamica.
Quanto alla *seconda problematica*, e cioè la individuazione della effettiva efficienza causale della omissione, è compito del giudice penale prendere atto che un evento è il frutto di una pluralità di condizioni e successivamente valutare se la condotta umana da indagare sia stata una condizione necessaria dell'evento.
A tal fine il giudice è chiamato a svolgere un **giudizio "controfattuale" ipotetico** e cioè contrario alla realtà come realizzatasi: dovrà valutare se, eliminando la condotta umana posta in essere, l'evento si sarebbe o meno realizzato. Se esso non si sarebbe realizzato, risulta dimostrato che la condotta umana ha avuto efficienza causale nel modificare la realtà e quindi a produrre l'evento.
Poiché il giudizio da svolgere è ipotetico, è necessario per il giudice utilizzare dei criteri scientifici onde valutare la regolarità degli accadimenti a fronte di determinate condotte umane, da qui l'adesione alla c.d. "teoria della sussunzione sotto leggi scientifiche".
Ma la **causalità omissiva**, come già detto, presenta aspetti ancora più problematici, in quanto basata su una ricostruzione ancorata ad ipotesi e non su certezze. Si tratta quindi di una **causalità ipotetica**, normativa, fondata, come quella commissiva, su un giudizio controfattuale al quale si fa ricorso per ricostruire una sequenza che però, a differenza della causalità commissiva, non potrà mai avere una verifica fenomenica. In caso di omissione il rapporto si instaura tra un'entità reale (l'evento verificatosi) e un'entità immaginata (la condotta omessa), mentre nella causalità commissiva il rapporto è tra due entità reali.
La giurisprudenza ha precisato che, proprio perché nei reati omissivi si è in presenza di un "nulla", "la condotta doverosa che avrebbe potuto in ipotesi impedire l'evento deve essere rigorosamente descritta, definita con un atto immaginativo fondato precipuamente su ciò che accade solitamente in situazioni consimili, ma considerando anche le specificità del caso concreto" (Cass., sez. IV, 21597/2007, Pecchioli).
In breve, in tali casi il giudice è chiamato a valutare se il comportamento omessivo avrebbe o meno impedito il verificarsi dell'evento, ma al contrario della

causalità dell'azione, in caso di omissione, il ragionamento deve partire da un dato che non esiste nella realtà e cioè ipotizzare come avvenuta la condotta non tenuta, per poi valutare, con giudizio controfattuale, la sua efficacia impeditiva: è per tale motivo che **in tema di causalità omissiva si fa riferimento al giudizio doppiamente ipotetico**.

Elementi del reato: il dolo

L) (segue): l'elemento soggettivo del fatto tipico: il dolo

Secondo l'**art. 43 co. 1°, c.p.** «*il **delitto** è **doloso**, o secondo l'intenzione, quando **l'evento** dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione, e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, **è dall'agente preveduto e voluto** come conseguenza della propria azione od omissione*».

Dalla norma è possibile desumere quali siano gli elementi costitutivi del dolo:

— un **momento rappresentativo** (o intellettivo), occorre cioè che l'agente abbia la visione anticipata di tutti gli elementi significativi del fatto che costituisce reato (ad es. se si spara su un uomo che si ritiene morto, mentre invece è vivo, l'agente non risponderà di omicidio volontario, in quanto in capo a lui manca una corretta rappresentazione della realtà; peraltro, se l'errore dipende da colpa, risponderà di omicidio colposo: art. 47 c.p.);
— un **momento volitivo**, occorre che la volontà dell'agente sia rivolta all'effettiva realizzazione della condotta e dell'evento conseguente ad essa.

Il dolo può definirsi, quindi, come rappresentazione e volontà di realizzare il fatto costituente reato.

Secondo la dottrina e la giurisprudenza sono possibili **diverse specie di dolo**, in particolare:

— **Dolo diretto e dolo indiretto (cd. *eventuale*)**, il *primo* si configura ogni qualvolta l'evento conseguito è rispondente a quello voluto e rappresentato dall'agente. Il *dolo indiretto* (*eventuale*) si ha quando il risultato conseguente alla azione, pur rappresentato, non è stato dall'agente direttamente ed intenzionalmente voluto ma è ritenuto da lui come una possibile conseguenza della sua condotta e nonostante ciò egli agisce *accettando il rischio* del suo verificarsi (es. incendio l'azienda per lucrare il premio assicurativo, non voglio vittime, ma agisco accettando il rischio che ce ne siano).
— **Dolo d'impeto e dolo di proposito**. Il *primo* ricorre quando il delitto è il risultato di una decisione improvvisa e viene subito eseguito, senza nessun intervallo tra momento conoscitivo e momento volitivo (es. colluttazione che segue immediatamente alla provocazione). Il *dolo di proposito* si ha quando trascorre un considerevole lasso di tempo tra il sorgere dell'idea criminosa e la sua attuazione concreta.

Nell'ambito del dolo di proposito va collocata la **premeditazione**, che costituisce, oltre che un'ipotesi di maggiore intensità del dolo (art. 133 c.p.), un'ag-

Estratto della pubblicazione

gravante nei delitti di omicidio (art. 577 n. 3, c.p.) e di lesione personale (art. 585 c.p.). Essa consiste in una decisione delittuosa che si è mantenuta costante (elemento ideologico) per un intervallo di tempo di un certo rilievo (elemento cronologico).
In giurisprudenza si è affermato che elementi costitutivi della circostanza aggravante della premeditazione sono un apprezzabile *intervallo temporale* tra l'insorgenza del proposito criminoso e l'attuazione di esso, tale da consentire una ponderata riflessione circa l'opportunità del recesso (elemento di natura cronologica) e la *ferma risoluzione criminosa* perdurante senza soluzioni di continuità nell'animo dell'agente fino alla commissione del crimine (elemento di natura ideologica) (Cass. Sez. Un. 9-1-2009, n. 337). Inoltre si ritiene essenziale un ulteriore elemento e cioè la *preordinazione dei mezzi* per commettere il delitto.

La premeditazione non è conciliabile né con il dolo eventuale né con il vizio parziale di mente.

— **Dolo di danno e dolo di pericolo**. Ricorre il *primo* se il soggetto ha voluto effettivamente ledere il bene protetto dalla norma (es. lesione volontaria), il *dolo di pericolo* si ha, invece, nella ipotesi in cui il soggetto ha voluto soltanto minacciare il bene (es. delitto di attentato).
— **Dolo iniziale, concomitante e successivo**. Il *dolo iniziale* si riscontra solo nel momento dell'azione od omissione; il *dolo concomitante* accompagna lo svolgimento del processo causale che genera l'evento; il *dolo successivo* si manifesta dopo il compimento dell'azione od omissione.
  Un esempio ci chiarirà meglio l'importanza della differenza: una madre, colta da crisi depressiva dopo il parto, strangola il neonato con una calza di nailon. In realtà l'azione posta in essere non determina la morte del bimbo, ma solo una perdita di sensi. Credendolo morto la madre lo chiude in un sacco di rifiuti abbandonandolo in strada. Solo in questo secondo momento il neonato decede. Nel caso narrato (purtroppo non frutto di fantasia, ma tratto dalle cronache giudiziarie) il dolo della madre è stato solo iniziale, ma non concomitante (in quanto nella seconda parte della azione non aveva più la rappresentazione che il bambino fosse vivo) e poiché il dolo deve accompagnare tutta la condotta criminosa, la corretta soluzione del caso porta a ritenere che la madre risponderà di tentato omicidio per la prima parte della sua azione e di omicidio colposo per la seconda.
— **Dolo generico e dolo specifico**. Il *primo* si ha quando è richiesta dalla legge la semplice coscienza e volontà del fatto descritto nella norma incriminatrice. Il *dolo specifico* ricorre quando la legge dà rilevanza ad un fine particolare che sta oltre il fatto materiale tipico e il cui concreto raggiungimento non è necessario per la consumazione del reato; un esempio tipico è l'agire al fine di trarre profitto dalla cosa sottratta nel caso di furto (art. 624).

Estratto della pubblicazione