

Roberto GAROFOLI

Compendio di
**DIRITTO
PENALE**
Parte Generale

XII edizione
2024-2025


Neldiritto
Editore

rilevabile, destinato a modificare il mondo esteriore, idoneo ad **offendere** o a **mettere in pericolo** un interesse tutelato dalla legge penale.

Primo problema consiste nel distinguere tra i singoli **atti naturalisticamente evidenziabili** e l'**azione penalmente rilevante**.

L'art. 42, co. 1, c.p. stabilisce che *“nessuno può essere punito per un'azione [...] preveduta dalla legge come reato se non...”*, mostrando così che l'azione penalmente rilevante deve corrispondere al comportamento umano **descritto dalla legge**. Essa può consistere sia in un **unico movimento** muscolare obiettivamente rilevabile (nel reato di percosse di cui all'art. 581 c.p. lo schiaffo sferrato sul volto della vittima) sia in una **serie di atti finalisticamente orientati** a determinare un evento (in questo senso il reato di strage di cui all'art. 422 c.p. postula il compimento di *“atti tali da porre in pericolo la pubblica incolumità”* al fine di uccidere). La dottrina individua, pertanto, la condotta unificando tutti gli eventuali atti che la compongono in ragione della loro univoca idoneità offensiva; si parla di **finalismo oggettivo**, l'azione componendosi di singoli movimenti obiettivamente convergenti verso la produzione della **lesione di un interesse tutelato dalla legge**.

Con riferimento alla condotta si distingue tra:

- **reati a forma vincolata** costruiti dalla norma incriminatrice attraverso la descrizione di un'azione connotata da specifiche modalità (es. la fattispecie di furto ex art. 624 c.p.: *“chiunque si impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene...”*);
- **reati a forma libera** (o causalmente orientati) in cui la fattispecie è tipizzata facendo leva sull'evento, l'azione penalmente rilevante potendosi manifestare con disparate modalità purché sia idonea a produrre l'evento stesso (es. la fattispecie di omicidio ex art. 575 c.p.: *“chi cagiona la morte di un uomo...”*).

5. L'omissione. Reati omissivi propri e reati omissivi impropri.



Magistratura Ordinaria, d.m. 9 ottobre 2023_App.A.1.1. cfr. anche *sub par.* 5.2.



Magistratura Ordinaria, d.m. 15 dicembre 2009_App.A.10.2. cfr. anche *sub par.* 5.3.

La dottrina prevalente, in luogo di un'**essenza fisico-naturalistica** della omissione (intesa tradizionalmente come inerzia, *aliud facere* o movimento interno nervoso con cui si arresta l'impulso ad agire), attribuisce all'omissione un'**essenza normativa**, ravvisandosene il *proprium* nel **non facere quod debetur**. L'omissione consiste quindi nel mancato compimento dell'azione possibile che il soggetto ha il dovere giuridico, non anche solo morale o sociale, di compiere.

Da un lato, è necessario, quindi, che sussista un **obbligo giuridico di agire**; dall'altro, deve sussistere la **possibilità di adempierlo**, esclusa allorché manchino le necessarie attitudini psico-fisiche del soggetto o le condizioni esterne indispensabili per compiere l'azione (*ad impossibilia nemo tenetur*).

Ciò posto, giova distinguere tra **reati omissivi propri** e **reati omissivi impropri**.

Occorre premettere che è ancora discussa la linea di demarcazione tra le due tipologie di reato.

APPROFONDIMENTO**Il caso dj Fabo e l'intervento della Consulta, fino a Corte cost., 18 luglio 2024, n. 135**

Di recente, *Corte cost., 18 luglio 2024, n. 135*, è intervenuta sulle questioni di legittimità costituzionale, sollevate dal G.I.P. presso il Tribunale di Firenze con riguardo all'art. 580 c.p., così come modificato dalla citata sentenza *n. 242 del 2019*, nella parte in cui per l'appunto subordina la non punibilità di chi agevola l'altrui suicidio alla circostanza che l'aiuto sia fornito a soggetto mantenuto «*in vita da trattamenti di sostegno vitale*».

Nel caso portato al vaglio del giudice remittente il reato di cui all'art. 580 c.p. era contestato a tre persone che hanno aiutato ad accedere al suicidio assistito in una struttura privata svizzera un paziente in una condizione di acuta sofferenza, dovuta a una patologia irreversibile. Il paziente, che aveva formato la propria decisione in modo libero e consapevole, non era tuttavia tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale. Il GIP ha quindi dubitato della coerenza con alcuni principi costituzionali del requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale: tra questi, quelli di eguaglianza, autodeterminazione terapeutica, dignità della persona, rispetto della vita privata riconosciuto dalla Cedu.

Nel dichiarare non fondate le questioni di legittimità costituzionale, la Corte ha osservato che la sentenza *n. 242 del 2019* non ha riconosciuto un generale diritto di terminare la propria vita in ogni situazione di sofferenza intollerabile determinata da una patologia irreversibile, ma ha solo «*ritenuto irragionevole precludere l'accesso al suicidio assistito di pazienti che – versando in quelle condizioni, e mantenendo intatte le proprie capacità decisionali – già abbiano il diritto, loro riconosciuto dalla legge n. 219 del 2017 in conformità all'art. 32, co. 2, Cost., di decidere di porre fine alla propria vita, rifiutando il trattamento necessario ad assicurarne la sopravvivenza. Una simile ratio, all'evidenza, non si estende a pazienti che non dipendano da trattamenti di sostegno vitale, i quali non hanno (o non hanno ancora) la possibilità di lasciarsi morire semplicemente rifiutando le cure. Le due situazioni sono, dunque, differenti*».

Senonché, la Corte ha puntualizzato che la nozione di trattamenti di sostegno vitale va interpretata tenendo conto della *ratio* della sentenza *n. 242 del 2019* che ha riconosciuto il diritto fondamentale del paziente a rifiutare ogni trattamento sanitario, a prescindere dal suo grado di complessità e di invasività. La nozione include quindi anche procedure – quali, ad esempio, l'evacuazione manuale, l'inserimento di cateteri o l'aspirazione del muco dalle vie bronchiali – normalmente compiute da personale sanitario, ma che possono essere apprese e praticate anche da familiari o “caregivers” che assistono il paziente, sempre che la loro interruzione determini prevedibilmente la morte del paziente in un breve lasso di tempo.

La Corte ha inoltre precisato che, ai fini dell'accesso al suicidio assistito, non si può distinguere la situazione del paziente già sottoposto a trattamenti di sostegno vitale da quella del paziente che, pur non essendovi ancora sottoposto, ha tuttavia necessità di tali trattamenti. Anche in questa situazione, quindi, il paziente può legittimamente rifiutare il trattamento trovandosi nelle condizioni indicate dalla sentenza *n. 242 del 2019*.

11.2.2. Questioni applicative.**A. Il “consenso” quale requisito dell'art. 51 c.p.**

Se il consenso, nel contesto dell'attività medica, va ad integrare la causa di giustificazione dell'art. 51 c.p., saranno anzitutto scriminate lesioni dell'integrità fisica, conseguenti al trattamento sanitario, autorizzate dal paziente: in tal caso opera appieno la scriminante dell'art. 51 c.p., secondo quanto oggi desumibile dal panorama normativo delineato dalla l. 219/2017.

predette prescrizioni rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale". Secondo i primi commentatori, tale disposizione non sarebbe, tuttavia, idonea a modificare la responsabilità colposa del datore di lavoro per omessa predisposizione delle cautele imposte dalle fonti menzionate, poiché essa non fa che richiamare obblighi già esistenti, rivestendo, così, una mera funzione di rinvio a prescrizioni già vincolanti. Si è sottolineato, inoltre, come alcune prescrizioni contenute, accanto a regole più rigide, nella decretazione d'urgenza e nei relativi protocolli, sarebbero troppo generiche ed elastiche, risolvendosi, talvolta, in semplici raccomandazioni (si pensi alla raccomandazione di fare massimo utilizzo di forme di lavoro c.d. agile o *smartworking*; incentivare ferie e congedi; sospendere le attività dei reparti non indispensabili alla produzione; limitare al massimo gli spostamenti all'interno dei siti etc.) e dunque lasciate al libero apprezzamento, di volta in volta, del datore di lavoro, secondo le specificità del caso concreto. Analogamente a quanto già affermato in materia di responsabilità medica (su cui v. *supra*), infatti, l'accertamento giudiziale dovrà essere condotto su due versanti: sul piano oggettivo, sarà necessario verificare la conformità del comportamento tenuto a quello doveroso secondo il parametro dell'agente-modello *eiusdem professionis ac conditionis*; sul piano della c.d. misura soggettiva della colpa, occorrerà verificare la concreta esigibilità del comportamento doveroso, avuto riguardo alla prevedibilità ed evitabilità del preciso evento verificatosi, da parte di quel determinato datore di lavoro, senza adoperare scorciatoie e schemi presuntivi.

Il mancato rispetto di linee-guida e protocolli, dunque, non potrà condurre, automaticamente, all'affermazione di responsabilità, rendendosi sempre necessario un accurato controllo giudiziale, avente ad oggetto l'esistenza di linee-guida applicabili e l'opportunità di un eventuale discostamento dalle stesse, ove inidonee nel caso concreto; se esistenti e utilmente applicabili, dovrà poi verificarsi che l'evento prodotto era quello che la norma violata mirava a scongiurare (e cioè che non vi fosse la possibilità di tenere un comportamento alternativo lecito).

3.1.4.1. Lo scudo penale introdotto dalla L. 23 febbraio 2024, n. 18.

Il c.d. *scudo penale* così previsto nel 2021 è stato prorogato e in parte modificato dall'art. 4, co. 8 *septies*, d.l. 30 dicembre 2023, n. 215 (Milleproroghe), come introdotto con la *legge di conversione 23 febbraio 2024, n. 18*.

A tenore del citato art. 4 co. 8 *septies* "La limitazione della punibilità ai soli casi di colpa grave prevista, per la durata dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, dall'articolo 3-bis del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 2021, n. 76, si applica altresì ai fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale commessi fino al 31 dicembre 2024 nell'esercizio di una professione sanitaria in situazioni di grave carenza di personale sanitario", con la precisazione, contenuta nel successivo comma 8 *octies* per cui "ai fini di cui al comma 8-*septies*, si tiene conto delle condizioni di lavoro dell'esercente la professione sanitaria, dell'entità delle risorse umane, materiali e finanziarie concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, del contesto organizzativo in cui i fatti sono commessi nonché del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato".

Perché possa essere invocato lo *scudo penale* previsto dal decreto-legge milleproroghe, è quindi

necessario che il fatto:

- sia qualificabile *ex artt.* 589 e 590 c.p.;
- sia stato commesso nell'esercizio di una professione sanitaria;
- sia stato commesso dal 31 marzo 22 al 31 dicembre 2024;
- sia stato commesso in situazioni di grave carenza di personale sanitario.

Non poche le *differenze tra le due previsioni del 2021 e del 2024*.

In primo luogo, se entrambe circoscrivono lo scudo ai *reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose*, richiedendo che il *fatto sia commesso nell'esercizio di una professione sanitaria*, cioè una di quelle elencate nelle leggi speciali, quella contenuta nel Milleproroghe del 2024 ricomprende tra i fattori di cui tener conto nell'accertare il grado della colpa, non solo le *risorse umane e materiali concretamente disponibili* (come prevedeva l'art. 3 bis, co. 2, l. 28 maggio 2021, n. 76), ma anche le *risorse finanziarie*: riferimento, quest'ultimo, da taluni valorizzato per sostenere l'applicabilità dello scudo anche ai responsabili delle scelte organizzative dell'azienda, non solo quindi ai responsabili delle scelte cliniche sul paziente. (P. PIRAS)

Differente è più in generale il *presupposto di applicabilità dello scudo* previsto dal legislatore del 2024: se ai fini dell'invocabilità dello scudo Covid-19 era richiesto che il fatto fosse commesso a causa di una *situazione di emergenza epidemiologica*, la norma del 2024 fa invece riferimento a *situazioni di grave carenza di personale*.

Soprattutto, mutano i fattori alla stregua dei quali valutare il grado della colpa.

Nello *scudo Covid-19* i fattori da valutare sono:

- la *limitatezza delle conoscenze scientifiche* al momento del fatto sulle patologie da SARS-Cov-2 e sulle terapie appropriate;
- la *scarsità delle risorse umane e materiali* concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare;
- il *minor grado di esperienza e conoscenze tecniche* possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza.

Nello *scudo previsto dal legislatore del 2024*, invece, i fattori sono:

- le *condizioni di lavoro* dell'esercente la professione sanitaria;
- l'*entità delle risorse umane, materiali e finanziarie* concretamente disponibili in relazione al numero di casi da trattare;
- il *contesto organizzativo* in cui i fatti sono commessi;
- il *minor grado di esperienza e conoscenze tecniche* possedute dal personale non specializzato.

Non si fa quindi più riferimento alla *limitatezza delle conoscenze scientifiche* sul Covid-19, sono invece indicati quali fattori di cui tener conto nell'apprezzare il grado della colpa il *contesto organizzativo* e le *condizioni di lavoro*.

3.1.5. Affidamento e circolazione stradale.

Il **principio dell'affidamento** è di frequente invocato nell'ambito della **disciplina della circolazione stradale**, per il rispetto della quale un consolidato orientamento giurisprudenziale impone agli utenti della strada rigorosi doveri di prudenza e diligenza per fronteggiare eventuali situazioni di pericolo, anche se determinate da comportamenti irresponsabili di terze persone. Il conducente di un autoveicolo ha, infatti, l'obbligo di