

CAPITOLO I

INTRODUZIONE SISTEMATICA

SOMMARIO: - 1. Una breve anticipazione: la logica del consenso ipotetico (*hypothetische Einwilligung*) e, più in generale, dell'estensione di alcuni criteri dell'imputazione oggettiva nel mondo delle scriminanti. La scriminante ipotetica. - 2. "Scelta sistematica" e "sistematica scelta". I motivi di una introduzione di carattere generale. - 2.1. (*segue*) Dalla tripartizione belinghiana alla tripartizione finalista. Il "superamento" della cultura eventocentrica e oggettivizzante del secondo Novecento italiano. - 2.2. (*segue*) Illecito e colpevolezza. Decostruzione dell'antigiuridicità obiettiva e non penale: tipicità soggettiva e abbandono della categoria di mezzo. - 2.3. (*segue*) Dalle vecchie concezioni sanzionatorie alla "identità" attuale del diritto penale. - 2.4. (*segue*) I rapporti tra il "fatto" obiettivamente e subjettivamente tipico e i diritti nella riflessione dogmatica contemporanea. Verso un "modello" d'illecito penale osservato dagli spazi di libertà.

«Coloro che vogliono porre ordine in ciò che sanno, far progredire il proprio sapere e comunicarlo al prossimo debbono disporre di categorie ordinanti e di una lingua che le esprima»¹.

¹ SACCO R., *Il fatto, l'atto, il negozio*, in *Trattato di diritto civile*, Torino, 2005, 2. Questo, in altri termini, è il cuore di ciò che altri hanno espresso dicendo che «La dogmatica giuridica è la fonte del nostro sapere con contenuto di conoscenza», cfr. ROTHACKER E., *Uomo tra dogma e storia. Non tutto è relativo*, Griffero T. (a cura di), Roma, 2009, 64 (titolo originale ID., *Die dogmatische Denkform in den Geisteswissenschaften und das Problem des Historismus*, in *Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften und der Literatur in Mainz*, Wiesbaden, 1954).

1. *Una breve anticipazione: la logica del consenso ipotetico (hypotetische Einwilligung) e, più in generale, dell'estensione di alcuni criteri dell'imputazione oggettiva nel mondo delle scriminanti. La scriminante ipotetica.*

Che relazione c'è tra i giudizi controfattuali e il mondo delle scriminanti? Non essendo ancora circolati nel nostro dibattito, questi abbinamenti concettuali potrebbero confondere anche gli osservatori più attenti. Consapevoli di ciò, proviamo a fornire subito qualche minimo sostegno concettuale per la corretta comprensione di ciò di cui stiamo parlando.

È possibile affermare che il cuore del correttivo ermeneutico che chiameremo “scriminante ipotetica” risieda nell'estensione di alcuni criteri normativi tipici dell'imputazione dell'evento (comportamento alternativo lecito e nesso di rischio) in quel mondo specifico. Il presupposto logico è che in materia di scriminanti la particolarità del “contesto” (v. *infra* cap. II, §§ 4 ss.) nel quale l'autore si muove, abbinata ad alcune esigenze di realizzazione dei principi di garanzia nell'illecito (*Unrecht*), giustifichino la necessità di verificare che la permanenza del disvalore complessivo del tipo sia attribuibile alla mancanza dell'elemento costitutivo della giustificazione.

Il campo nel quale è possibile far emergere gli esempi più semplici è quello medico, nei casi in cui le scriminanti intervengono su reati posti a protezione d'interessi individuali. In tale ambito del diritto penale, gli esempi che intendiamo anticipare toccano lo spinoso tema dei trattamenti eseguiti a regola d'arte ma sulla base di una scriminante (il consenso) incompleta.

S'immagini una madre (unica donatrice disponibile) che intende offrire un rene al figlio gravemente malato, ma il medico-chirurgo non le rende nota l'altissima probabilità di contrarre un serio affaticamento muscolare irreversibile (patologia che rende particolarmente faticosa la deambulazione, fino a rendere pesanti anche gli spostamenti più semplici). L'operazione avviene senza alcun errore da parte del professionista – che agisce nel rispetto delle *leges artis* – ma la patologia insorge come normale conseguenza (prevedibile, ma non evitabile) dell'asportazione del rene.

Un paziente fortemente alcolizzato contrae la cirrosi epatica, con

conseguente compromissione anatomico-funzionale del fegato: o si esegue senza ritardo un trapianto, o il paziente decede. S'ipotizzi che quest'ultimo, parlandone con il primario del Policlinico, rifiuti con decisione il trapianto salvavita perché non disposto a vivere con un organo estraneo e che, contestualmente, s'informi sull'esistenza di soluzioni "alternative". S'immagini poi che il professionista, dopo averci riflettuto sopra, decida d'indicargli la medicina generativa, ovvero il trapianto di cellule epatiche, presentandogli (correttamente) questa via come l'unica opzione alternativa possibile. Dopo aver deciso di tentare, il paziente presta il consenso e il medico lo acquisisce fornendogli previamente molte informazioni inerenti ad alcuni pericoli, ma tralasciandone altre concernenti rischi (letali e non) tipici di un trattamento che il paziente, peraltro, sapeva bene essere di natura ancora sperimentale. L'operazione avviene nel rispetto delle *leges artis*, ma il malato decede, e si scopre che la morte è la realizzazione di uno di quei rischi (tipici del metodo rigenerativo, ma) non previamente esposti come "possibili" o addirittura "probabili".

Il paziente veniva ricoverato per la comparsa di una lombalgia con irradiazione dolorosa all'arto inferiore destro. Un'indagine TAC lombare evidenziava la presenza di un'ernia discale (L3-L4). Il medico-chirurgo decideva di procedere con l'intervento chirurgico di emilaminectomia destra fra L3 e L4, asportazione di ernia dura, svuotamento del disco e liberazione della radice L4. Immediatamente dopo il risveglio, si manifestavano le prime complicazioni: al paziente veniva diagnosticata una grave ipostenia di tutto l'arto inferiore con anestesia a sella. Era quindi sottoposto a una nuova indagine TAC lombare e a revisione chirurgica in urgenza, con decompressione delle radici nervose. Nei giorni successivi si documentava lieve recupero della funzionalità all'arto inferiore destro con permanenza del deficit della flessione dorsale del piede. A séguito di alcuni accertamenti, si scopre che il consenso sottoscritto dal paziente comprendeva l'indicazione della stenosi del canale lombare (c.d. cauda equina) di cui era affetto - e della quale il medico si era accorto - compresa l'illustrazione di eventuali rischi operatori nascenti da tale condizione, ma non quello inerente alla possibile recidiva (90%).

In tutti e tre i casi, qui solo a grandi linee ripresi, il consenso fornito dal paziente non può dirsi veramente completo: non vi è dubbio

che il medico fosse tenuto a fornire ai pazienti le informazioni effettivamente omesse inerenti alla possibile attivazione di rischi “tipici” (prevedibili ma non evitabili) dei vari trattamenti.

Come avremo modo di specificare meglio in séguito, il presente studio s’inserisce in una fase diversa da quella *de lege ferenda* (es. artt. 575 e 579 c.p.) precedente e indipendente, rispetto a quella, già nota presso la nostra letteratura, inerente alla riflessione *de lege lata* (es. art. 62-*bis* c.p.) in materia di “scriminanti incomplete” o “quasi scriminanti”². Tutto quel dibattito è di grande interesse, ma s’inserisce in un momento cronologicamente successivo; ovvero *dopo* il fallimento, nel singolo caso, del correttivo che tenteremo d’illustrare in questo studio.

Cerchiamo di essere più precisi.

In sede di scriminanti (incomplete), quindi a tipicità obiettivamente e subiettivamente formata, la formula di cui parliamo può forse riuscire a subordinare la condanna dell’imputato (es. *ex* artt. 582, 584 c.p., ecc.), alla prova dell’esistenza di significative probabilità in ordine al fatto che se almeno un elemento mancante – es. informazione – fosse stato rispettato, i pazienti avrebbero rifiutato di sottoporsi al trattamento (comportamento alternativo lecito, rischio “illecito”). Se è contestato un reato con evento naturalistico, e se il caso lo consente, l’accusa dovrà anche verificare che l’accadimento verificatosi sia la realizzazione del rischio “illecito” attivato dalla mancanza dell’elemento scriminante (nesso di rischio, realizzazione del rischio “illecito” nell’evento). Sviluppando questo metodo sarà forse possibile distinguere, nell’intero mondo delle scriminanti incomplete, una carenza “significativa” da una mancanza “non significativa” per il diritto penale.

² Per tutti, e senza alcuna pretesa di completezza, cfr. MALINVERNI A., voce *Circostanze del reato*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 94; MARINUCCI G., voce *Antigiuridicità*, in *Dig. disc. pen.*, I, 1987 cit., 186 ss.; VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazioni e delle scusanti*, Milano, 2000, 241-242 in cui evidenzia bene, sulla scorta delle riflessioni di Giorgio Marinucci, i casi in cui il legislatore ha già inteso (es. art. 579 c.p.) prevedere fattispecie *ad hoc* caratterizzate da margini edittali più lievi rispetto alle ipotesi classiche (es. art. 575 c.p.) proprio in ragione della presenza di scriminanti oggettivamente incomplete; ROMANO M., *Art. 62-bis*, in *Id.*, *Commentario sistematico del Codice penale*, I Art. 1-84, 3. ed., Milano, 2004, 682, il quale parla di «situazioni prossime alle scriminanti»; diffusamente SCHIAFFO F., *Le situazioni «quasi scriminanti» nella sistematica teleologica del reato. Contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli, 1998, 1 ss., spec. 6-8, 7 (nota 8), 286 ss., 300 ss.

Non è questo il luogo per approfondire il funzionamento dogmatico di questo correttivo. Ciò che possiamo limitarci a fare è evidenziare che il nucleo essenziale di questa giovane formula non è nuovo³, né interamente inesplorato nel panorama scientifico europeo: anche se il concetto non risulta integralmente sovrapponibile all'impostazione che sarà seguita in questo studio, un ragionamento del tutto simile è conosciuto Oltralpe col nome di "consenso ipotetico" (*hypothetische Einwilligung*)⁴. Benché, come appena detto, l'impostazione più diffusa sia parzialmente diversa da quella che presenteremo nella nostra ricerca (scriminante ipotetica), il consenso ipotetico nasce nella giurisprudenza civile del Novecento⁵ e

³ ROSENAU H., *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, in *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Berlin, 2010, 683 ss. L'A. definisce questo correttivo come «... ein junges Konstrukt der strafrechtlichen Zurechnungsdogmatik» (v. *Ibidem*).

⁴ Il nome "consenso ipotetico" (*hypothetische Einwilligung*), come vedremo oltre nel testo, è stato dato dalla giurisprudenza penale tedesca nel *Surgibone-Dübel-Fall* (BGH 29.06.1995 - 4 StR 760/94 in *JR* 1996 69 ss.), commentato da PUPPE I., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung. Über eine Behandlungsalternative. Zugleich Besprechung von BGH, Urteile vom 3.3.1994 und 29.6.1995*, in *GA* 2003, 764 ss.; per (brevis) osservazioni di taglio più pratico v. RIGIZAHN E.F., *Anmerkung zu BGH 4 StR 760/94, Urteil vom 29. Juni 1995*, in *JR* 1996, 72 ss.; tra i tanti che hanno preso in considerazione questo *leading-case*, v. soprattutto KUHLEN L., *Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen*, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin-New York, 331 ss., spec. 341 ss. (il primo lavoro ad aver studiato a fondo i meccanismi del consenso ipotetico).

⁵ La giurisprudenza civile tedesca, almeno nel settore medico, ragiona da lungo tempo con gli strumenti del consenso ipotetico. *Ex plurimis*, RG 21 giugno 1907, in *JW* 1907 505, 506, trovata e commentata da HENGSTENBERG N., *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht. Zu den „Risiken und Nebenwirkungen“ eines Transfers der Rechtsfigur aus dem Zivil- in das Strafrecht*, Berlin-Heidelberg, 2013, 7 ss.; occorre segnalare la prima sentenza dove emerge il problema dei limiti dell'obbligo d'informare il paziente: RG 1 marzo 1912, in *RGZ* 78, 432 (cfr., tra gli altri, HENGSTENBERG N., *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, cit., 8); RG 19 maggio 1931, *RGZ* III, 202/30, in *JW* 1932 3328, 3339 ss. (cfr. EBERHARDT D., *Selbstbestimmungsrecht des Patienten und ärztliche Aufklärungspflicht im Zivilrecht Frankreichs und Deutschlands*, Karlsruhe, 1968, 225); BGH 22 gennaio 1980 - VI ZR 263/78 (Hamm), in *NJW* 1980, 1333 (1334); BGH 7 febbraio 1984 - VI ZR 174/82 (Frankfurt), in *NJW* 1984, 1397-1399, con nota di DEUTSCH E., *Anmerkung zu BGH VI ZR 174/82, Urteil vom 7.2.1984*, in *NJW* 1984, 1399 ss.; poi HENGSTENBERG N., *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, cit., 10 ss.; ALBRECHT A., *Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht*, Berlin, 2010, 78 ss.; BGH 26 giugno 1990 - VI ZR 289/89 (Düsseldorf), in *NJW* 1990, 2928-2929; BGH 11 dicembre 1990

viene esportato in quella penale ⁶, fino a entrare in diverse riflessioni scientifiche (monografiche e non) ⁷, nella principale manualistica

VI ZR 151/90 (Koblenz), in *NJW* 1991, 1543-1544. Fondamentale per la ricostruzione dell'evoluzione del consenso ipotetico presso la giurisprudenza civile tedesca il breve contributo di SICKOR A., *Die Übertragung der hypothetischen Einwilligung auf das Strafrecht*, in *JA* 2008, 11 ss.

⁶ Oltre al *Fußamputations-Fall*, RG 31 maggio 1894 - Rep. 1406/94, in *RGSt* 25, 375 ss. (cfr. HENGSTENBERG N., *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, cit., 76) e al *Darlehens-Fall* del 1959 (BGH 21 aprile 1959 - 5 StR 74/59, in *BGHSt* 13, § 17, 64 ss.), ripreso anche da PUPPE I., *Anmerkung zu BGH 1 StR 319/03, Urteil vom 20.1.2004*, in *JR* 2004, 470 ss. (ma nutriamo seri dubbi sulla rilevanza di questi due casi per la presente ricerca: v. *infra* cap. III, §§ 3.1. e 3.1.1.); v. "zweiter Myom-Urteil Fall" (BGH 28 ottobre 1960 - 4 StR 375/60, in *BGHSt*, 15, § 48, 200 ss., secondo RÖNNAU T., *Einschränkung der Strafbarkeit des Arztes wegen hypothetischer Einwilligung des Patienten in den Eingriff*, in *JZ* 2004, 801 ss., si tratta del primo (vero) caso di consenso ipotetico in materia penale); "Hodenentfernungs-Fall" (BGH 2 ottobre 1963 - 3 StR 34/63, in *JZ* 1964, 231 ss.); l'*O-Beine-Korrektur Fall* (BGH 25 settembre 1990 - 5 StR 342/90, in *BGHR* § 223 Abs. 1, commentato, tra gli altri, da HENGSTENBERG N., *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, cit., 91 ss.); il *leading case* in materia penale, il *Surgybone-Dübel-Fall* (BHG 29 giugno 1995 - 4 StR 760/94, in *JR* 1996, 69 ss.); *Bandscheiben-Fall* (BGH del 15 ottobre del 2003 - 1 StR 300/3, in *JR* 2004, 251 ss., con nota di KUHLEN L., *Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen - zugleich Besprechung des Beschlusses des BGH vom 15.10.2003 - 1 StR 300/03*, in *JR* 2004, 227 ss., si tratta di un caso sul quale il dibattito attorno al consenso ipotetico è divenuto un vero e proprio «Mittelpunkt des Wissenschaftlichen Interesses» (così JÄGER C., *Die hypothetische Einwilligung - ein Fall der rückwirkenden juristischen Heilung in der Medizin*, in *Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23. April 2007*, Baden-Baden, 2007, 345 ss.); il *Bohrerspitzen-Fall* (BGH 20 gennaio 2004 - 1 StR 319/03, in *JR* 2004, 469 ss.; in *NSiZ* 2004, 442 ss.), anche questo sottoposto a critica, tra gli altri, da PUPPE I., *Anmerkung*, cit., 470 ss., cit., 470 ss. e da HENGSTENBERG N., *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, cit., 115 ss.); *Liposuktion-Fall* (BGH 5 luglio 2007 - 4 StR 549/06, in *NSiZ-RR* 2007, 340; *StV* 2008, 189), il *Turboentzugs-Fall* (BGH 23 ottobre 2007 - 1 StR 238/07, in *StV* 2008, 464 ss.); il *Gastroskopie-Fall* (BGH 11 ottobre 2011 - 1 StR 134/11, in *NSiZ* 2012, 205 ss.); e il *Neulandmethoden Fall* (BGH 20 febbraio 2013 - 1 StR 320/12, in *NSiZ-RR* 2013, 270 ss.; in *HRRS* 2013, 500).

⁷ Oltre ai lavori già citati, v. BOSCH N., *Grenzen einer hypothetischen Einwilligung bei ärztlichem Eingriff*, *Anm. zu BGH, Urteil vom 5.7.2007. - 4 StR 549/06*, in *JA* 2008, 70 ss.; BÖSE M., *Unrechtsausschluss durch hypothetische Dispositionen über das geschätzte Rechtsgut? Zum Verhältnis von formellen und materiellen Voraussetzungen der Rechtfertigungen*, in *ZIS* 8/2016, 495 ss., reperibile on-line su http://www.zis-online.com/dat/artikel/2016_8_1035.pdf; BRUCKMÜLLER K.-SCHUMANN S., *Die Heilbehandlung im Österreichischen Strafrecht*, in *Handbuch des Medizinstrafrechts*, Roxin C.-Schroth U. (a cura di), 4. ed., Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 2010, 813 ss.; CHUAN-CHING L., *Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht*, München, 2019; DREHER M., *Objektive Erfolgszurechnung bei Rechtfertigungsgründen*, Mannheim, 2003; DUTTGE G., *Die „hypothetische Einwilligung“ als Strafausschlussgrund: weg-*

weisende Innovation oder Irrweg, in *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2006, 179 ss.; EDLBAUER B., *Hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv*, Hamburg, 2009; EISELE J., *Hypothetische Einwilligung bei ärztlichen Aufklärungsfehlern, zugleich Besprechung von BGH, Beschluss v. 15.10.2003 - 1 StR 300/03*, in *JA* 2005, 252 ss.; GAED K., *Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung*, Heidelberg, 2014; GARBE M., *Wille und Hypothese - Zur Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Zivil- und Strafrecht*, Berlin, 2011; GEPPERT K., *Hypothetische Einwilligung als Rechtfertigungsgrund?*, in *JK* 2004, StGB, § 223/3; GROPP W., *Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?*, in *Fest. für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2006, 197-207; HÜTTENRAUCH K., *Die hypothetische Einwilligung beim ärztlichen Eingriff*, in *NJ* 2013, 38 ss.; JAHN M., *Heileingriff als Körperverletzung und hypothetische Einwilligung*, in *Jus* 2007, 1145 ss.; JANSEN S., *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht. Notwendiges Korrektiv oder systemwidriges Institut?*, in *ZJS* 6/2011, 482 ss.; KUHLEN L., *Ausschluss der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung*, in *Grundfragen staatlichen Straßens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, München, 2001, 431 ss.; Id., *Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen - zugleich Besprechung des Beschlusses des BGH vom 15.10.2003 - 1 StR 300/03*, in *JR* 2004, 227 ss.; Id., *Hypothetische Einwilligung und „Erfolgsrechtfertigung“*, in *JZ* 2005, 713 ss. (cfr. MITSCH W., *Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht*, in *JZ* 2005, 279 ss.; Id., *Schlusswort zur hypothetischen Einwilligung und Erfolgsrechtfertigung*, in *JZ* 2005, 718); MATT H.-RENIKOWSKI J., *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 2013, 397, 1726; MERKEL G., *Prinzipielles und Prozessuales zur hypothetische Einwilligung in ärztliche Heileingriffe*, in *JZ* 2013, 975 ss.; OTTO H., *Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung*, in *Jura* 2004, 679 ss.; OTTO H.-ALBRECHT A., *Die Bedeutung der hypothetische Einwilligung für den ärztlichen Heileingriff*, in *Jura* 2010, 264 ss.; PAEFFGEN H.U., *Gefähr-Definition, Gefahr-Verringerung und Einwilligung im medizinischen Bereich; Problem-Beschreibung und Methodologisches, veranschaulicht am Beispiel des virus-infektiösen Chirurgen*, in *Fest. für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Neuwied, 2004, 187 ss.; PAEFFGEN H.U., *Rechtfertigung kraft hypothetischer Einwilligung*, in *Festschrift für Hans-Wolfgang Strätz zum 70. Geburtstag*, Regensburg, 2009, 163 ss., spec. 173 ss.; RENIKOWSKI J., *Die hypothetische Einwilligung*, in *Jurisprudenz zwischen Medizin und Kultur: Festschrift Zum 70. Geburtstag Von Gerfried Fischer*, Frankfurt am Main, 2010, 365 ss.; ROSENAU H., *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, cit., 683 ss.; SALIGER F., *Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht*, in *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2015, 257 ss.; SCHALES I., *Spezifische Fehlverhaltensfolgen und hypothetische Kausalverläufe. Zur Bedeutung der von Rechts wegen zu vermeidenden Kausalverläufen für Verhaltens- und Erfolgsunrecht*, Berlin, 2014, spec. 70 ss.; SCHMIDT M., *Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung und ihre Übertragbarkeit auf die Untreue (§ 266 StGB)*, Baden-Baden, 2018 *passim*, spec. 69 ss., 103 ss., 187 ss.; SCHÖCH H., *Hypothetische Einwilligung bei ärztlichen Dopingmaßnahmen?*, in *GA* 5/2016, 294 ss.; SCHWARTZ T., *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, Frankfurt am Main, 2009; SICKOR A., *Logische Unstimmigkeiten in der höchstrichterlichen Prüfungsformel zur hypothetischen Einwilligung*, in *JR* 2008, 179 ss.; Id., *Die Übertragung*, cit., 179 ss.; SOWADA

tedesca⁸ e nel dibattito dottrinale di paesi diversi dalla Germania⁹.

C., *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, in *NSiZ* 2012, 1 ss.; STERNBERG-LIEBEN D., *Ann. zu BGH, Urteil vom 5.7.2007 - 4 StR 549/06*, in *StV*, 2008, 190 ss.; STURM J.F., *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht. Überlegungen zu den dogmatischen Grundlagen und zum Anwendungsbereich der Rechtsfigur*, Tübingen, 2016; SWOBODA S., *Die hypothetische Einwilligung - Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?*, in *ZIS* 1/2013, 18 ss.; WIESNER S., *Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht*, Baden-Baden, 2010; YAMANAKA K., *Kritisch-dogmatische Überlegungen zur hypothetischen Einwilligung*, in *Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Berlin, 2010, 865 ss.

⁸ AA.VV., *Münchener Kommentar zur Strafgesetzbuch: StGB Band I, §§ 1-37*, 2. ed., München, 2011, §§ 32 ss., 170 ss.; AA.VV., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, Band II, §§ 32-55, 12. ed., Berlin, 2006 (RÖNNAU T.), Rn., 230f Vor § 32; AA.VV., *Strafgesetzbuch Nomos-Kommentar*, Kindhäuser U. - Neumann U.-Paeflgen H.U. (*a cura di*), 3. ed., 2010 e 5. ed., 2017, 168a, §§ 32 ss.; BÖCKER P., *Die hypothetische Einwilligung im Zivil- und Strafrecht*, in *JZ* 2005, 925 ss.; EISELE J., *Strafrecht - Besonderer Teil I. Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit*, 2. ed., Stuttgart, 2017, 312-316 (tratta il tema a livello manualistico anche nella 1. ed., 2008, 298 ss.); FISCHER T., *Strafgesetzbuch Kommentar*, 66 ed., München, 2019, § 223 16a; FREUND G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 2. ed., Berlin-Heidelberg, 2009, 3/44b; FRISTER H., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. ed., München, 2011, 15/34-36; HEINRICH B., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5. ed., Stuttgart, 2016, 478b ss.; HILGENDORF E.-VALERIUS B., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. ed., München, 2015, 9/138-141; VALERIUS B., *Die Hypothetische Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff. Anmerkung zu BGH 1 StR 320/12 (Urteil vom 20.2.2013) - HRRS 2013 Nr. 500*, in *HRRS1/2014*, 22 ss.; JOECKS W., *Studienkommentar: StGB*, 11. ed., München, 2014 (e 12. ed., 2018), § 32, 46 ss. «Unter dem Begriff der hypothetischen Einwilligung werden Fälle der Heilbehandlung diskutiert, bei welcher der Einwilligende zwar mangels ordnungsgemäßer Aufklärung nicht wirksam eingewilligt hat, jedoch bei hinreichender Aufklärung wohl eingewilligt hätte. Dann ist die vorgenommene Heilbehandlung zwar rechtswidrig, jedoch nicht dem Tatbestand der Körperverletzung zuzurechnen, entfällt die Rechtswidrigkeit, wenn der Patient bei wahrheitsgemäßer Aufklärung in die Operation eingewilligt hätte oder ist der Aufklärungsmangel nur irrelevant, wenn eine Einwilligung auch bei vollständiger Aufklärung mit Sicherheit erteilt worden wäre»; KINDHÄUSER U., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7. ed., Baden-Baden, 2015, 175 ss.; KÜHL K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8. ed., München, 2017, 47a, 330 ss.; LACKNER K.-KÜHL K., *Strafrechtsbuch Kommentar*, 27. ed., München, 2011, 21a, § 32 § 228, 17a.; OTTO H., *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7. ed., Berlin, 2004, § 8, 134; PUPPE I., *Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, Band: I „Die Lehre vom Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld“, 2. ed., Baden-Baden, 2002, 22/4 ss. (e 4. ed. 2019, 11/18 ss.); RENGIER R., *Strafrecht. Besonderer Teil, II „Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit“*, 12. ed., München, 2011, 13/19; ID., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10. ed., München, 2018, § 23, 19, 229; ROSENAU H., §§ 32 ss., in AA.VV., *StGB, Strafgesetzbuch Kommentar*, 1. ed., Satzger H., Schmitt B., Widmaier H. (*a cura di*), Köln, 2009, 267 ss., spec. 277-278; ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I, 4. ed., München, 2006, 13/119-134; STRATENWERTH G.-KUHLEN L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, 6. ed., München, 2011, 9/28; WESSELS J.-BEULKE W.-SATZGER H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*, 48. ed., 2018, 580-588.

⁹ Il consenso ipotetico è oggetto di discussione anche presso la letteratura penalistica

Una premessa e tre (brevi) specificazioni.

La premessa è che lo studio dei meccanismi propri del consenso ipotetico, l'analisi della sua evoluzione nel tempo presso la giurisprudenza e presso la letteratura d'Oltralpe, porta il ricercatore a custodire una sola, timida, certezza: il futuro del correttivo ermeneutico che cercheremo d'illustrare, la sua fortuna in materia penale, dipenderà anche, e forse soprattutto, dalle ricerche sul suo (incerto)¹⁰ statuto epistemologico¹¹. Questa, tra le altre, è una delle principali ragioni

(e civilistica) spagnola e sudamericana: cfr. ANDRÉS SCHLACK M., *El consentimiento hipotético de la víctima en el derecho penal alemán*, in *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 19, n. 2, 2012, 275 ss.; GARCÍA CALDERÓN B.E., *El consentimiento en derecho penal*, Valencia, 2014, *passim*, spec. parte II, cap.li 1 e ss.; ID., *Imputación objetiva. Realización del riesgo en las causas de justificación: el consentimiento hipotético*, Milano, 2012, 52-198, entrambi lavori "centrali" per il percorso qui seguito; PIZARRO WILSON C., *En oposición al consentimiento hipotético informado*, in *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIV*, Valparaíso, 2015, 97 ss.; PUPPE I., *Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten*, in *ZfS*, 6/2016, 366 ss.; ID., *El consentimiento hipotético y el derecho de autoterminación del paciente*, in *En Letra: Derecho Penal*, III, V, 2017, 172 ss.; SANCINETTI M.A., *La influencia de los cursos causales hipotéticos en la responsabilidad civil y penal*, in *Revista de Derecho penal y Proceso penal*, 2010, IV, 583 ss., spec. 592. Per quanto a nostra conoscenza, gli unici lavori in lingua italiana che citano il correttivo ermeneutico del consenso ipotetico - in parte sovrapponibile alla nostra "scriminante ipotetica" - sono i seguenti: SUMMERER K., *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013, 355; v. anche un breve articolo nel quale si riassumono gli interventi di un incontro di studi comparati tenutosi a Innsbruck il 7 giugno 2017, redatto da CHINI C.-ROSANI D., *La responsabilità penale del medico: un confronto fra ordinamento giuridico italiano, austriaco e tedesco*, in *Il Foro Trentino*, VI, 2017, 5 ss., spec. 7; si veda il riassunto dell'intervento di Konstanze Jarvers "L'agire colposo del medico in Germania - quali responsabilità?", reperibile *on-line* su <https://www.uibk.ac.at/italienisches-recht/pdfs/il-foro-trentino--anno-2---06-2017-6.pdf>. Anche se orientato all'evoluzione del ragionamento ipotetico (condotta alternativa lecita) in materia di responsabilità civile, occorre segnalare anche un altro prezioso scritto del 1975 di Giovanni Fiandaca, all'epoca giovane assistente dell'Università di Palermo, che si concentrava sul volume di HANAU P., *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit. Eine Studie zum Problem des pflichtmäßigen Alternativverhalten im bürgerlichen Recht*, Göttingen, 1971: cfr. FIANDACA G., *Il comportamento alternativo lecito (A proposito di un recente libro tedesco)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, IV, 1975, 1598 ss. Questo testo s'inseriva nel dibattito attorno all'oscillazione tra criteri normativi e/o meccanicistico-causali del corretto inquadramento civilistico dell'imputazione obiettiva del danno.

¹⁰ Per tutti e senza pretesa di completezza, nel senso dell'incertezza dogmatica del consenso ipotetico, v. JANSEN S., *Die hypothetische Einwilligung*, cit., 484.

¹¹ Questo punto è molto chiaro a quasi tutti i penalisti che si sono confrontati col consenso ipotetico (*hypothetische Einwilligung*), tant'è che è alquanto raro trovare un contributo

che ci inducono a dare al presente studio un taglio particolare: non ci limiteremo a narrarne la recente storia, a decantarne i tanti pregi o a evidenziarne i numerosi difetti, ma lo inseriremo, sin da subito, all'interno di un certo impianto sistematico (sapendo, però, che questa non è l'unica strada possibile).

La prima specificazione, già in parte anticipata, è che la scriminante ipotetica si applica, laddove compatibile, solo in mancanza di uno o più elementi "non essenziali" della causa di giustificazione. Ciò significa, in prima battuta e al netto di quanto specificheremo in seguito in ordine alla differenza tra elementi "essenziali" e "non essenziali" (v. *infra* cap. II, §§ 4.1. ss.), che il correttivo ermeneutico di cui discuteremo non opera in tutto il diritto penale; quasi come se, al pari di ciò che avviene nel diritto civile, si dovesse anche qui fornire la prova dell'illiceità della causa dello spostamento di ricchezza. Tutt'altro: solo alcune "situazioni" o "contesti" che tratteremo meglio nel secondo capitolo ne legittimano l'utilizzo¹².

La seconda specificazione è che, nonostante una sua frequente attuazione da parte della giurisprudenza (civile e penale) d'Oltralpe, i contorni dogmatici della figura che intendiamo studiare risultano ancora non chiari: senza alcuna pretesa di completezza, possiamo in

sul tema che non tenti, almeno in parte, una sua sistematizzazione. Per tutti, esplicitamente in questo senso STURM J.F., *Hypothetische Einwilligung*, cit., 47 ss.; CHUAN-CHING L., *Die hypothetische Einwilligung*, cit., 24 «Denn zum einen ist die dogmatische Einordnung der hypothetischen Einwilligung in der strafrechtlichen Rechtsprechung des BGH noch offen, zum anderen ist die Frage, ob bzw. inwieweit die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Arztstrafrecht anzuerkennen ist, vor allem von der dogmatischen Einordnung abhängig»; ALBRECHT A., *Die „hypothetische Einwilligung“*, cit., 44.

¹² Alcuni rilievi, come vedremo, sono diretti a mettere in guardia da un'applicazione della logica sottesa al consenso ipotetico in assenza assoluta di una scriminante (che sarà qui tradotta nell'assenza dei suoi "elementi essenziali" *infra* cap. II, §§ 4. ss., spec. 4.1. ss.): cfr. BOLLACHER F.-STOCKBURGER J., *Der ärztliche Heileingriff in der strafrechtlichen Fallbearbeitung*, in *Jura* 2006, 908 ss., spec. 914; v. anche OTTO H., *Grundkurs Strafrecht. A.T.*, cit., § 8, 134, il quale rimane assai critico verso la figura complessiva del consenso ipotetico; SICKOR A., *Die Übertragung*, cit., 11 ss., spec. 16; alcuni, anche se in diverso modo, si chiedono se il consenso ipotetico possa funzionare nei reati comuni in assenza di qualsiasi scriminante, come se avesse un senso dimostrare che se il ladro avesse chiesto gentilmente la *res*, il soggetto passivo gliela avrebbe consegnata. Torniamo su questo punto (v. *infra* cap. II, 4 ss., spec. 4.2. e cap. IV, §§ 5 ss.), ma evidenziamo sin da subito che l'inconsistenza di questi dubbi, anche se in modo parzialmente diverso da quello qui seguito (c.d. contesto di liceità), è chiarita anche in KUHLEN L., *Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen*, cit., 331 ss., spec. 339.

questa sede anticipare che secondo i principali detrattori si tratta di un correttivo estrapolato dal suo contesto di nascita, ovvero il diritto civile, e inserito forzosamente nel diritto penale¹³. Altri, molti in effetti, lo ammettono come problema di ricostruzione del tipo (*Tatbestand*)¹⁴ o come problema di antigiuridicità (*Rechtswidrigkeit*)¹⁵, o come qualcosa da studiare addirittura al di fuori della struttura del reato (*Strafbarkeitsausschließungs- oder Strafaufhebungsgrund*)¹⁶; altri ancora vedono in esso un tentativo di estensione nell'ambito delle scriminanti di alcuni criteri d'imputazione obiettiva dell'evento (*Zurechnungsausschluss auf Ebene der Rechtswidrigkeit*)¹⁷. In estrema sintesi¹⁸, coloro che considerano il consenso un problema, sempre e comunque, di definizione del tipo, o un elemento negativo del fatto, tendono a inserire quello "ipotetico" nel capitolo dell'imputazione oggettiva dell'evento, in sede di tipicità (*Tatbestand - Erlaubtes Risiko*)¹⁹; mentre chi lo considera un problema di antigiuridicità vede

¹³ PAEFFGEN H.U., §§ 32 ss., in Kindhäuser-Neumann-Paeffgen (*a cura di*), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, cit., 3. ed., Rn. 168a, il quale afferma che il "consenso ipotetico" viene «... aus ihrem Kontext herausgerissen und in das Strafrecht eingepflanzt». Tra coloro che ne escludono l'applicazione nel diritto penale, anche, ma non solo, per l'impossibilità (a suo dire) di trovare una corretta classificazione dogmatica, c'è anche JANSEN S., *Die hypothetische Einwilligung*, cit., 494 dove scrive che «Aufgrund des Verstoßes gegen Grundsätze der strafrechtlichen Rechtslehre und der Unmöglichkeit der dogmatischen Einordnung ist die hypothetische Einwilligung insgesamt abzulehnen».

¹⁴ Ad esempio: ROXIN C., *Strafrecht*, cit., 13/119-134; diffusamente anche JANSEN S., *Die hypothetische Einwilligung*, cit., 484-485.

¹⁵ Per tutti, cfr. ancora JANSEN S., *Die hypothetische Einwilligung*, cit., 485-486. Per la giurisprudenza, *ex plurimis*, cfr. BGH JR 2004, 251 (252).

¹⁶ BÖCKER P., *Die "hypothetische Einwilligung"*, cit., 925 ss., spec. 929, il quale sembra farne un problema di punibilità al fine di evitare - come alcuni in Germania hanno ipotizzato - che possano residuare spazi per la punibilità del fatto a titolo di delitto tentato. Per alcuni rilievi critici di questo problema (tutto tedesco), v., ALBRECHT A., *Die „hypothetische Einwilligung“*, cit., 478; cfr. anche il riassunto di JANSEN S., *Die hypothetische Einwilligung*, cit., 488-489.

¹⁷ KUHLEN L., *Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen*, cit., 331 ss.

¹⁸ Per tutti, una efficace (e breve) ricostruzione delle principali posizioni dogmatiche è presente in ROSENAU H., *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, cit., 689-691.

¹⁹ KINDHÄUSER U., *Strafrecht*, cit., 175 ss. L'A. specifica che la risposta dipende dalla collocazione sistematica del consenso dell'avente diritto: se lo si considera una causa di esclusione del tipo sarà da trattare a livello di tipicità; altrimenti, se lo si ritiene operante su di un livello successivo al *Tatbestand* diviene una scriminante. Lo ricorda anche ALBRECHT A., *Die „hypothetische Einwilligung“*, cit., 105.

in esso o una scriminante autonoma²⁰ o un problema d'imputazione normativa traghettato nel complesso mondo delle scriminanti²¹. Ebbene, uno degli obiettivi che questo nostro lavoro monografico si prefigge è quello di dimostrare che si tratta di un correttivo ermeneutico di Parte generale che concerne proprio l'imputazione normativa in sede di prova delle scriminanti. Uno strumento capace di creare "equivalenti normativi" di cause di giustificazione (incomplete): le scriminanti ipotetiche.

La terza specificazione, da ultimo, è relativa a ciò che intendiamo fare in questa sede: partendo dalla nostra impostazione sistematica di fondo, l'etichetta utilizzata Oltralpe (*hypothetische Einwilligung*) finisce per indurre in errore l'osservatore portandolo a credere di trovarsi davanti a una variante del consenso (magari presunto) dell'avente diritto o, comunque, a una nuova causa di giustificazione autonoma dedotta in via analogica dall'art. 50 c.p. Come vedremo, non è una questione inerente al momento causale dell'imputazione, non è un problema di rischio consentito o di nesso di rischio in sede di tipicità, e non è nemmeno una scriminante autonoma. Come abbiamo già precisato, chiameremo il correttivo "scriminante ipotetica" proprio per sottolineare la sua capacità di funzionare (già *de lege lata*) davanti a tutte le fattispecie scriminanti incomplete. In altri termini, potremo in questa sede riassumere il concetto dicendo che quello che in Germania chiamano consenso ipotetico (*hypothetische Einwilligung*) è un problema di attribuzione normativa dell'illiceità del fatto alla mancanza dell'elemento della causa di giustificazione.

Riprendiamo ora i casi esposti in apertura.

Premettiamo che i tre esempi illustrano casi di scriminanti incomplete in cui i medici hanno agito in presenza di alcuni elementi fondamentali del consenso informato, ma le scriminanti non hanno potuto operare perché ne mancavano altri (in quei casi: una o più informazioni relative a rischi prevedibili ma non evitabili). E quando il medico agisce bene, secondo le *leges artis*, ma in presenza di un consenso "incompleto", l'esigenza di evitare il solito *self-restraint* del-

²⁰ OTTO H.-ALBRECHT A., *Die Bedeutung*, cit., 264 ss., spec. 269.

²¹ KUHLEN L., *Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen*, cit., 331 ss., spec. 336 ss.; impostazione approfondita, da un punto di vista dogmatico, da DREHER M., *Objektive Erfolgszurechnung*, cit., *passim*; per un efficace riassunto di questa posizione, cfr. JANSEN S., *Die hypothetische Einwilligung*, cit., 486-488.

la classe medica ²², per quanto il fenomeno sia serio e preoccupante, non può portare all'esclusione automatica della sua responsabilità penale: se ciò accade, come è stato in passato, non è a nostro avviso per ragioni di verità scientifica, ma principalmente per l'assenza di criteri ermeneutici utilizzabili *de lege lata* e capaci di generare soluzioni più equilibrate ²³.

Nel primo caso il correttivo ermeneutico può costringere l'accusa

²² Definisce così il fenomeno della medicina difensiva MANNA A., *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa, 2014, 11 ss.

²³ Affermare in ogni caso la contrarietà al diritto di simili contegni significherebbe paralizzare (di fatto) l'attività medica, ma affermarne sempre la liceità penale, come hanno preteso di fare in passato le Sezioni Unite, è una scelta gravida d'ingiustizie (cfr. per tutte Sezioni Unite 18.12.2008 "Giulini", cfr. FIANDACA G., *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario. Nota a Cass. sez. un. pen. 18 dicembre 2008*, in *Foro it.*, 2009, 306 ss.; VIGANÒ F., *Omissa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2009, 1811 ss.; PELISSERO M., *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 455 ss.; TORDINI CAGLI S., *Profili penali del trattamento medico-chirurgico in assenza di consenso. Nota a Cass. sez. un. pen. 21 gennaio 2009 n. 2437*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2009, V, 1060 ss.; CORNACCHIA L., *Trattamenti sanitari arbitrari divergenti*, in *Criminalia*, 2009, 415 ss.; EUSEBI L., *Verso una recuperata determinatezza della responsabilità medica in ambito penale?*, in *Criminalia*, 2009, 423 ss.). Come proveremo a dimostrare nel corso della ricerca, pare che questo esito sia dettato da due ragioni principali: la prima concerne sicuramente il (comprensibile) contrasto alla medicina difensiva e le difficoltà politiche insite nell'affermare che il medico realizzi una tipicità dolosa di lesioni o di omicidio preterintenzionale: vero è che se si apre "sempre" alla condanna in sede penale del medico che non ha "sbagliato" l'operazione, ma non ha informato adeguatamente il paziente o ha deviato dal pattuito senza un'impellente stato di necessità, può alimentarsi il noto (e grave) problema sociale della medicina difensiva (cfr. ancora MANNA A., *Medicina difensiva*, cit., 2014, 9 ss.). Per fare ciò, e qui veniamo alla seconda ragione della sentenza Giulini, si è fatto finta di non vedere il problema: se un giovane ciclista professionista vuole operarsi al ginocchio destro per eliminare una non dolorosa patologia che ne limita l'efficienza, e il medico non lo informa dell'altissimo rischio (preventivabile ma non evitabile) di non poter più muovere l'arto, è difficile sostenere che l'esecuzione di quel trattamento non consista in una lesione ... anche se il medico ha agito nel pieno rispetto delle *leges artis* e il rischio dell'informazione omessa, alla fine, non si è trasformato in un evento ulteriore. La mancanza di correttivi ermeneutici nuovi e capaci di affrontare queste casistiche in modo equilibrato – consentendo la punizione del medico (solo) nei casi in cui l'accusa riesce a dimostrare l'esistenza di significative probabilità in ordine al fatto che se il paziente avesse ricevuto l'informazione, o se fosse stato notiziato della possibile deviazione dall'operazione concordata, avrebbe negato il consenso – ha giocato a nostro avviso un ruolo centrale nella pronuncia in commento delle Sezioni Unite. Se accettato, il correttivo qui proposto aiuterà ad affermare che l'assenza di uno o più elementi costitutivi della scriminante (es. il consenso informato) non determina sempre la responsabilità penale del soggetto attivo (es. il medico che ha agito secondo le *leges artis*).

a dimostrare in giudizio l'imputabilità o meno dell'illecito all'elemento mancante della scriminante del consenso dell'avente diritto: per condannare il medico occorre la prova dell'esistenza di significative probabilità che il comportamento alternativo lecito - ovvero fornire almeno una delle informazioni omesse - avrebbe portato la paziente a non sottoporsi all'intervento. In questo caso non servono doti eccelse per capire che, in assenza di altre indicazioni che la specificità dei singoli casi potrebbe fare emergere, è ben più probabile che una madre accetti uno stato di debolezza muscolare cronica per salvare il figlio gravemente malato, piuttosto che l'evenienza contraria. Nella maggior parte dei casi - e, lo ripetiamo, se non emergono evidenze di altro genere - davanti a una siffatta ipotesi, com'è possibile, in coscienza, affermare la sussistenza di significative probabilità in ordine al fatto che "... se avesse saputo, la madre avrebbe rifiutato il consenso e lasciato morire il figlio"? Se il ragionamento si ferma in questa fase - e dai pochi dati concreti illustrati nel primo esempio sembra proprio essere così - non ha più senso verificare che il rischio attivato dall'informazione omessa si sia, o meno, verificato nell'evento.

La medesima cosa, anche se con esiti opposti, vale con riferimento al secondo caso: l'illecito (es. omicidio) c'è solo se attribuibile normativamente ad almeno un'omissione informativa. Ciò significa individuare l'informazione mancante alla luce della quale l'imputato avrebbe (ipoteticamente) rifiutato l'intervento. Se così è, l'illecito (*Unrecht*) c'è; altrimenti il fatto è penalmente lecito, poiché il correttivo agisce generando un equivalente normativo della causa di giustificazione.

Sempre in assenza di altri dettagli dipendenti dalla complessità dei singoli casi di specie, l'assoluta e totalizzante determinazione del paziente a tentare l'unica tecnica disponibile come alternativa al trapianto di fegato aiuta il giudicante a concludere, con riferimento alla responsabilità penale, per l'esistenza di significative probabilità in ordine al fatto che se il paziente avesse ricevuto l'informazione omessa, avrebbe comunque accettato di essere sottoposto al trattamento sperimentale. Il fatto oggettivamente e soggettivamente tipico non è davvero contrario al diritto, la prova inerente all'attribuzione della permanenza dell'illiceità del fatto alla mancanza dell'elemento scriminante non è stata raggiunta.

Nel terzo e ultimo caso, una volta raggiunta la prova delle significative probabilità in ordine al fatto che l'informazione omessa - che individua un rischio di recidiva prevedibile e quantificabile al 90%,

ma non evitabile - avrebbe indotto il paziente a rifiutare il trattamento, è opportuno proseguire oltre; ciò in quanto le lesioni gravissime non paiono comunque imputabili all'omissione di quell'informazione specifica. Il rischio illecito attivato da quest'ultimo non sembra essersi verificato nell'evento: a ben vedere il *deficit* permanente di flessione dorsale del piede (lesione sorta ai danni del paziente) non c'entra nulla col fatto che il medico ha omesso l'informazione circa l'alta probabilità di recidiva dell'ernia discale (rischio attivato dall'informazione omessa); l'informazione non fornita avrebbe portato il paziente a negare il consenso all'intervento, è vero, ma per condannare il professionista ai sensi dell'art. 583 c.p. occorre che l'evento sia espressione del rischio attivato dallo specifico elemento mancante della scriminante. In altri termini, il rischio recidiva dell'ernia discale non è una causa del *deficit* permanente di flessione dorsale del piede. Ben altra cosa sarebbe stata se il medico-chirurgo avesse omesso l'indicazione dei rischi operatori tipici di pazienti affetti da stenosi del canale lombare, la c.d. cauda equina; tra i quali vi era anche quello inerente all'evento effettivamente verificatosi. In questo mondo, come avremo modo di vedere, il rischio attivato dalla carenza di un elemento costitutivo della fattispecie scriminante è "illecito", e quindi rilevante per il diritto penale, solo dopo l'accertamento del comportamento alternativo lecito: solo con riferimento all'elemento "mancante e significativo" della giustificazione ha un senso verificare il nesso di rischio.

Per semplificare ulteriormente è possibile dire quanto segue: affinché il medico possa rispondere di lesioni o di omicidio, in questi casi, occorre verificare che l'informazione omessa abbia attivato un rischio specifico, realmente verificatosi nell'evento. Se il professionista ci opera osservando le *leges artis* ma omettendo di segnalarci l'alta probabilità (non evitabile, ma prevedibile) di rimanere ciechi, ma l'operazione genera una brutta plegia dell'arto superiore destro (rischio non evitabile e conosciuto dal paziente), è chiaro che quest'ultima lesione non potrà mai essere considerata la concretizzazione del rischio attivato dall'informazione omessa. Pertanto, applicando il correttivo ermeneutico in parola, nei confronti del medico, almeno per il reato di lesioni, il fatto non può costituire reato.

Se la "scriminante ipotetica" sarà accettata come criterio ermeneutico capace di contribuire (anche, ma non solo) alla soluzione di

questi casi è possibile che emergano soluzioni piuttosto equilibrate a problemi ancora aperti.

Non ci stiamo chiedendo se *ex ante* esistesse o meno un consenso che non si è mai palesato, beninteso, ma se, *ex post* e in presenza di una tipicità obiettivamente e subiettivamente già formata, l'evento sia attribuibile ad almeno un elemento omesso del consenso informato. In secondo luogo, come abbiamo già anticipato, ci si può chiedere se quell'evento naturalistico sia, o meno, espressione del rischio illecito attivato dall'informazione omessa alla luce della quale il paziente avrebbe rifiutato il consenso. Sono giudizi ipotetici, non vi è dubbio; ma non per questo la loro dimostrazione, come vedremo meglio nel corso dell'indagine, deve essere considerata impossibile nel processo. Del resto i penalisti, sebbene giustamente cauti nel farlo, sono ampiamente abituati a maneggiare sillogismi incompleti (v. *infra* cap. III, § 3.2.4.1.).

2. “Scelta sistematica” e “sistematica scelta”. I motivi di una introduzione di carattere generale.

Da un punto di vista pragmatico, il correttivo ermeneutico che ci accingiamo a studiare si propone di fornire soluzioni a problemi che esistono indipendentemente dall'inquadramento sistematico che intendiamo assegnargli. Gli strumenti coi quali il “sistema” potrebbe valutare l'assenza di un elemento richiesto esplicitamente per il corretto esercizio di un diritto (comportamento alternativo lecito e nesso di rischio) non dipendono obbligatoriamente e direttamente né dalla scomposizione analitica prescelta, né dall'inserimento della giustificazione nell'una o nell'altra categoria: la dimostrazione più evidente di quanto appena affermato è che tra i sostenitori del consenso ipotetico (*hypothetische Einwilligung*) presso la letteratura d'Oltralpe coesistono approcci del tutto eterogenei²⁴ (v. *infra* cap. III, §§ 3.2.1. ss.).

Tuttavia, il metodo pratico, per quanto essenziale nell'epoca con-

²⁴ Basterà qui indicare, a mero titolo di esempio, le impostazioni di ROXIN C., *Strafrecht*, cit., 13/119-134; KINDHÄUSER U., *Strafrecht*, cit., 175 ss.; BÖCKER P., *Die “hypothetische Einwilligung”*, cit., 925 ss., spec. 929; e, infine, quelle più vicine alla nostra impostazione di KUHLEN L., *Objektive Zurechnung*, cit., 331 ss. e DREHER M., *Objektive Erfolgzurechnung*, cit., *passim*.

temporanea, non può indurre a tralasciare quello sistematico; la soluzione del problema, il risultato (*output*), in altri termini, non è tutto nel diritto penale.

L'analisi dell'evoluzione di questo correttivo ermeneutico presso la dottrina e la giurisprudenza tedesca, peraltro, dimostra che, dopo la fase della sua scoperta nel diritto civile e della sua importazione nell'universo del diritto penale, è viva la necessità di approfondirne lo statuto epistemologico: è quasi come se la giurisprudenza penale tedesca stesse proprio attendendo una risposta persuasiva di questo tipo da parte della dottrina. Nonostante ciò che si è solitamente portati a credere, i giudici tedeschi dialogano piuttosto bene con la dogmatica penale d'Oltralpe in stile accademico – dai *Karlsruher Strafrechtsdialog* a frequenti confronti diretti nelle motivazioni delle sentenze e molto oltre –, a patto che quest'ultima si sforzi di trasmettere conoscenze circoscritte, adattabili, almeno un minimo, alla naturale disomogeneità dei casi concreti²⁵. Anche se mancano studi in questo senso, la sensazione è che in Italia la situazione non sia poi così diversa: né qui né lì, in fin dei conti, la giurisprudenza sposa integralmente precise posizioni teoriche, interi sistemi, così come raramente rimane allineata a disquisizioni dommatiche assai approfondite; ma ciò non significa che il confronto con l'elaborazione teorica non possa continuare a fungere da «marchio di qualità» per il lavoro di legislatori e giudicanti²⁶.

Questo, sebbene in estrema sintesi, spiega, almeno in parte, la nostra “scelta sistematica”, ovvero la volontà di affiancare all'analisi giurisprudenziale un'osservazione di natura più strettamente teorico-conoscitiva.

²⁵ WEIGEND T., *Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel XXI secolo*, in *Criminalia*, 2014, 75 ss., spec. 78.

²⁶ *Ivi*, 79; SCHÜNEMANN B., *Was heißt und zu welchem Ende betreibt man Strafrechtsdogmatik?*, in *GA*, 2011, 445 ss., spec. 459-561, il quale, dopo numerosi spunti davvero interessanti, chiude con un pensiero la cui validità sembra non mantenersi affatto all'interno dei confini tedeschi: «Im Zeitalter der „Postdemokratie“, die uns in Europa durch eine bürokratische Rechtssetzung und in Deutschland durch eine zu wenig durchdachte und (wie dargelegt) manchmal sogar von elementaren Fehlern durchsetzte Rechtsschöpfung der obersten Gerichte begegnet, ist eine mit wissenschaftlichem Ernst betriebene Strafrechtsdogmatik unentbehrlicher denn je». Sul tema, per la letteratura italiana, fondamentale la recente riflessione di ROMANO M., *Dogmatica e politica criminale, oggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 2, 783 ss., spec. 786 ss., 798 (a nota 36 l'A. richiama il testo di Bernd Schünemann qui ripreso).