

S. Canestrari, F. Curi, D. Fondaroli, V. Manes,
M.O. Mantovani, A. Nisco, S. Tordini Cagli

Diritto penale

Percorsi di parte speciale



Giappichelli

Parte I

**I reati contro la persona:
i delitti contro la vita**

Capitolo I

I delitti di omicidio doloso e preterintenzionale

Stefano Canestrari

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il bene giuridico tutelato. – 3. Omicidio doloso. – 4. Le circostanze aggravanti dell'omicidio (cenni). – 5. La premeditazione. – 6. Le figure speciali di omicidio doloso (cenni). – 6.1. a) Infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale. – 6.2. b) Omicidio del consenziente. – 6.3. c) Istigazione o aiuto al suicidio. – 6.3.1. Lo statuto giuridico del suicidio. – 6.3.2. La sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale e il reato di istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.). – 7. Il problema dell'eutanasia. – 7.1. La terapia del dolore e le cure palliative. – 7.2. La legge n. 219/2017 (“Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”). – 7.2.1. Rifiuto “informato” e rinuncia consapevole ai trattamenti sanitari anche necessari alla sopravvivenza. – 7.2.2. L'interruzione del trattamento medico rispetto ai soggetti in stato di incoscienza e disposizioni anticipate. La pianificazione condivisa delle cure. – 7.3. Prospettive di riforma. – 8. Omicidio preterintenzionale. – 9. Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto.

1. Introduzione *

Il sistema della parte speciale del diritto penale viene determinato dall'opera di classificazione dei beni giuridici protetti dalle singole figure criminose¹.

L'organizzazione della materia normativa secondo oggettività giuridiche di categoria risponde all'esigenza di una riduzione positivistica del diritto per modu-

* Si ringrazia la Dott.ssa Rebecca Girani per la preziosa collaborazione.

¹ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna, 1988, XVII ss.; T. PADOVANI-L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2006, 36 ss.; E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, B.T.*, Tübingen, 1980, 1; E. BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, Madrid, 1991, 10; R. MAURACH-F. SCHROEDER-M. MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil. Teilband 1. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte*, Heidelberg, 1995, 4 ss.

li generali ed astratti, che consentano un guadagno in termini di razionalità. Tuttavia, com'è noto, il concetto di razionalità non è assoluto e cristallizzato, ma rispecchia le direttrici etico-sociali che animano una società, e, soprattutto, le opzioni ideologiche di un determinato momento storico.

Il codice Rocco, in particolare, vive “sospeso” tra la matrice nella quale è stato coniato – quella autoritaria del legislatore del 1930² – e l'orizzonte culturale in cui si trova a operare attualmente: quel progetto democratico, liberale e personalistico che, a partire dall'entrata in vigore della Carta fondamentale della Repubblica, dovrebbe stare alla base dell'interpretazione dell'esistente e ispirare le scelte normative future.

La pregiudiziale autoritaria del codice Rocco appare evidente se solo si scorrono i titoli della parte speciale: la maggior parte dei beni giuridici risulta infatti “attratta” nella sfera pubblico-istituzionale, mentre alla protezione della persona umana in quanto tale è riservata un'area circoscritta e residuale, che non poteva per natura subire codesto processo di sussunzione. Il legislatore del 1930 ha pertanto adottato una tecnica che si può denominare di “progressione discendente”³.

Ciò si riflette sul sistema classificatorio dei reati, per così dire “a piramide rovesciata”, al cui vertice sta la tutela dello Stato, quindi della comunità e della famiglia, da ultimo la tutela dei beni individuali (persona e patrimonio). Invece la prospettiva si ribalta se si rilegge la normativa alla luce dei valori e dei principi ispiratori della Costituzione italiana: la persona umana passa dal ruolo minimale precedentemente ricoperto a quello di *ratio* dell'intero sistema, e al suo sviluppo sembrano funzionali le stesse categorie di tutela di beni sovraindividuali e di interessi di natura pubblicistica.

Uno scenario dunque completamente mutato, in cui proprio le aggressioni contro l'individuo dovrebbero rappresentare il nucleo fondamentale della tutela penale nel nostro ordinamento. Di conseguenza, appare quanto mai urgente la ricerca di soluzioni alternative a quella della pubblicizzazione del bene giuridico prescelta dal codice Rocco, che sanciscano il primato della persona umana in sintonia con la gerarchia di valori affermata in sede costituzionale⁴. In tal senso

² V. E. DOLCINI, *Codice penale*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 279 ss.

³ V. T. PADOVANI-L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., 47 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale. Delitti contro la persona*, 4^a ed., Padova, 2011, XL.

⁴ G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 372 s.; F.C. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 463; V. T. PADOVANI-L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., 56 ss.; M. ROMANO, *Legislazione penale e tutela della persona umana (contributo alla revisione del titolo XII del codice penale)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 59 ss.; G. FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 167.

si sono orientate le riforme dei codici penali francese, spagnolo e portoghese, che pongono ad apertura delle rispettive parti speciali i beni riconducibili alla persona umana⁵.

Nel codice penale italiano vigente alla tutela della persona è dedicato il XII titolo del libro II. In particolare, il capo I contempla i delitti contro la vita e l'incolumità individuale.

2. Il bene giuridico tutelato

In via preliminare, occorre stabilire quale sia il significato da attribuirsi al bene giuridico di categoria.

1. Sul concetto di persona, base della disciplina del titolo XII del libro II e, per quanto detto, dell'intero assetto di valori accolti nel nostro ordinamento, non esiste – né potrebbe esistere – un'identità di vedute, dato l'estremo e variegato pluralismo etico dell'attuale società nonché le vastissime problematiche filosofiche e scientifiche implicate.

Limitandoci a prendere in considerazione la nozione penalisticamente rilevante di persona, sussiste ormai consenso pressoché unanime sulla dimensione "individuale" di tale bene⁶: sono infatti da ritenersi superate le concezioni che ravvisavano un interesse precipuamente statale sulla sfera di pertinenza dell'individuo. Com'è noto, queste ultime impostazioni – che hanno ispirato peraltro anche la codificazione tuttora vigente – sono legate a una visione pan-pubblicistica e leviatantica del diritto nonché ad una considerazione meramente utilitaristica del valore della persona (da tutelare come mezzo per il perseguimento di pubbliche finalità in un clima politico autoritario).

Nell'attuale assetto di valori giuridici deve invece ritenersi basilare il principio della indisponibilità dell'essere umano. Tale affermazione non esclude che possa ravvisarsi anche un interesse pubblico al rispetto della persona, ma questo non è altro che un mero riflesso della protezione da accordarsi in via principale ed esclusiva al singolo individuo (inteso kantianamente come fine e non come strumento).

In particolare, si fa riferimento a quei diritti che, con terminologia di impronta giusnaturalistica, pertengono "intrinsecamente" alla persona in quanto tale: cioè,

⁵ A. PAGLIARO, *Valori e principi nella bozza italiana di legge delega per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 395 s.; V. MILITELLO, *Il diritto penale nel tempo della ricodificazione. Progetti e nuovi codici penali in Francia, Italia, Spagna, Inghilterra*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 790 ss.

⁶ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Persona (Delitti contro la)*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, II, 515 ss.; F.C. PALAZZO, *Persona (Delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 297 ss.

il diritto alla vita e all'incolumità individuale (nonché alla libertà individuale, che esula dall'oggetto di questa trattazione). Proprio la peculiarità dei beni giuridici di afferire "ontologicamente" alla persona legittima la conclusione che gli illeciti contro la vita e l'integrità personale sono i "classici" delitti naturali. Le figure criminose che esamineremo rappresentano veri e propri "monoliti" del diritto penale, rinvenibili come "costanti" (almeno nelle loro linee essenziali) in tutte le culture giuridiche, in quanto poste a salvaguardia delle "condizioni-base di ogni società organizzata"⁷.

2. Per quel che concerne la vita – patrimonio individuale ed esclusivo – si tratta evidentemente del presupposto necessario per il godimento di ogni altro bene, diritto o interesse (anche se non trova espresso riconoscimento costituzionale, a differenza di quanto avviene in Germania, Spagna e Portogallo). Ovviamente, il concetto essenziale di vita involge numerose implicazioni, di ordine filosofico, morale e giuridico.

2.1. In primo luogo, emerge la questione di quali requisiti debba possedere l'essere vivente affinché l'aggressione al bene della vita possa assumere rilevanza penale.

Si è discusso, in passato, se sia presupposto materiale di questa tipologia di delitti la c.d. "vitalità": l'ipotesi tradizionale è quella del neonato che non ha possibilità di sopravvivenza⁸. In tempi successivi si è censurata la tendenza a trasportare nel diritto criminale concetti propri del diritto civile (nella fattispecie, quello secondo cui "*iure civili infans non vitalis pro nulla persona habetur*"), adducendo il principio dell'autonomia dei sistemi giuridici in corrispondenza delle differenti funzioni. Oggi si ritiene pacifica la conclusione per cui nel diritto penale non è consentito distinguere fra vita e vitalità; analogamente nel concetto di essere umano vivente devono rientrare anche il c.d. "*monstrum*" (cioè l'essere che, pur generato da donna, non presenta forma umana) nonché il c.d. "*ostentum*" (cioè l'essere di forma umana, ma gravemente deforme⁹). Così è un dato acquisito che oggetto materiale del delitto di omicidio è qualsiasi uomo, a prescindere dal possesso dei requisiti di normalità fisico-psichica. L'omicidio è pertanto configurabile anche ai danni di c.d. "esseri mostruosi", nati da donna: tale dibattito deve ritenersi definitivamente superato in quanto la stessa categoria dei "*monstra*" deve essere considerata eticamente e giuridicamente inaccettabile ed "inesistente" (si veda, *infra*, parte seconda, § 3, 5.3.).

⁷ F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale*, cit., 1.

⁸ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, I, Lucca, 1872, § 1234; E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, II, Napoli, 1882, 3.

⁹ Per un'analisi di queste tematiche si veda ad es. V. PATALANO, *I delitti contro la vita*, Padova, 1984, 7 ss.

2.2. Ulteriore problematica è quella della determinazione della qualità di “uomo” ai fini del diritto penale.

Nella dottrina e nella giurisprudenza prevalenti, l’assunzione di tale *status* viene fatta coincidere con l’inizio del periodo di transizione – per via naturale o indotta – dalla vita intrauterina a quella extrauterina, vale a dire con l’inizio del distacco del feto dall’utero¹⁰. L’esatta individuazione di questo momento, logicamente anteriore alla completa fuoriuscita del concepito dall’alveo materno, è controversa: in proposito sono state formulate la tesi della rottura del sacco delle acque e quella dell’inizio dei dolori derivanti dalla dilatazione del collo dell’utero¹¹.

Si tratta comunque di una tematica di grande importanza, oltre che per le note implicazioni di ordine etico, anche per una fondamentale distinzione di disciplina. Da un lato, la vita intrauterina del feto è il presupposto per l’applicazione, a tutela dello stesso, della specifica normativa in tema di interruzione volontaria della gravidanza (artt. 17 ss., legge n. 194/1978 – ora traslati nel codice penale agli artt. 593 *bis* e 593 *ter* c.p.¹²). Dall’altro, il passaggio alla vita individuale extrauterina autonoma segna, almeno secondo il nostro ordinamento (facendosi leva sull’art. 578 c.p.), il momento in cui il soggetto passivo dell’aggressione assume lo *status* di uomo: ciò comporta dunque che anche il feto non ancora venuto alla luce (“al momento del parto”) sia oggetto di tutela da parte delle norme codicistiche che incriminano i reati contro la vita e l’incolumità individuale.

2.3. Quanto al problema, pure fondamentale, della determinazione del momento della morte, è intervenuta la legge 29 dicembre 1993, n. 578 (“Norme per l’accertamento e la certificazione della morte”): l’art. 1 stabilisce che “la morte si identifica con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell’encefalo”, cioè il definitivo arresto della funzionalità del sistema nervoso centrale¹³.

¹⁰ V. PATALANO, *I delitti contro la vita*, cit., 12; V. MAIELLO, *Vita e incolumità individuale (Delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 990; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, 15^a ed., integrata ed aggiornata a cura di C.F. GROSSO, Milano, 2008, 44; di diverso avviso, F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale*, cit., 98, secondo cui “uomo” è il capace di vita autonoma, anche se ancora nel ventre della donna.

¹¹ Tale tesi è prevalente nella giurisprudenza e nella dottrina dei paesi di lingua tedesca; con essa concorda E.M. AMBROSETTI, *L’infanticidio e la legge penale*, Padova, 1992, 42. In questo senso, tra le altre pronunce, v. Cass., sez. V, n. 27539/2019. Sul punto occorre segnalare anche la posizione di F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale*, cit., 29, secondo il quale uomo è “il nato, il neonato o il nascente – ex art. 578 c.p. – ma altresì il capace di vita autonoma, anche se ancora nel ventre materno”.

¹² In attuazione della riserva di codice, di cui alla c.d. riforma Orlando (art. 2, d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21), gli artt. 593 *bis* e 593 *ter* sono stati collocati all’interno del capo appositamente istituito e denominato “Dei delitti contro la maternità”.

¹³ Sulle complesse questioni connesse all’accertamento della morte, v. F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale*, cit., 99 ss.; D. STERNBERG-LIEBEN, *Tod und Strafrecht*, in *JA*, 1997, 80 ss.

2.4. Il suicidio nel nostro ordinamento non è punibile: l'ipotesi di tentativo non ha dunque rilevanza penale.

Tuttavia, ciò non significa che sia vigente il principio dell'assoluta disponibilità della propria vita: al contrario, viene espressamente incriminato dall'art. 579 c.p. l'omicidio del consenziente (sanzionato comunque meno severamente dell'omicidio volontario), nonché l'istigazione o aiuto al suicidio dall'art. 580 c.p. (con le specifiche di cui si parlerà *infra*) e l'impedimento del suicidio è doveroso qualora sussistano i presupposti dell'art. 593 c.p. ("Omissione di soccorso") e non può perciò solo costituire una violenza privata.

2.5. Occorre tenere presente che il nostro codice appresta alla vita un plurimo sistema di tutela, tenendo distinta la categoria dei delitti in esame da quella dei "delitti contro l'incolumità pubblica".

Troviamo dunque una bipartizione:

a) reati contro la vita e l'incolumità individuale (capo I del titolo XII, libro II).

In queste figure criminose il bene-vita viene in considerazione non solo quale bene individuale e indisponibile, ma altresì quale bene "singolare", nel senso che esso viene tutelato in quanto l'aggressione venga a colpire una o più persone *determinate*.

b) reati contro la vita e l'incolumità pubblica (titolo VI, libro II).

Anche questa classe di disposizioni penali si riferisce alla morte di esseri umani, ma la vita e l'incolumità fisica delle persone acquistano significato in una dimensione trans-individuale. Codesti reati incriminano condotte di particolare potenza espansiva o *diffusività*, tali da produrre effetti che trascendono i singoli individui, mettendo a repentaglio la vita, l'integrità fisica o la salute di un numero indeterminato di persone. Per tale ordine di ragioni la messa in pericolo del bene-vita, all'interno di queste fattispecie "vaganti" di pericolo, viene normalmente equiparata alla lesione, al contrario di quanto avviene nei delitti oggetto della presente trattazione.

3. Il diritto all'incolumità individuale rappresenta un bene fondamentale (seppure di rango inferiore alla vita) costituzionalmente riconosciuto, scindibile idealmente in quello dell'integrità fisica e psichica. La nozione "unitaria" di incolumità personale comporta complessi problemi definitivi, connessi allo scarto esistente tra acquisizioni medico-scientifiche e concetti funzionali all'applicazione del diritto vigente.

Ai nostri fini, si può sostenere che la nozione di incolumità individuale designa la sfera di signoria del singolo sulla propria dimensione corporea e psichica, nonché il diritto all'intangibilità della stessa rispetto a potenziali limitazioni o intromissioni che si manifestino a livello senso-percettivo. Non si dimentichi che una vera alterazione dell'organismo è richiesta soltanto in alcuni reati – ad esempio le

lesioni di cui all'art. 582 c.p., per le quali occorre la determinazione di una "malattia nel corpo o nella mente" –, mentre con riguardo ad altre figure criminose (in specie, le percosse) rileva il pericolo di cagionare una mera sensazione fisica dolorosa¹⁴.

4. Sono esclusi dal capo I del titolo XII i delitti in materia di aborto (per i quali, come detto, bisognava in passato fare riferimento alla legge n. 194/1978, mentre ora sono inseriti nel capo I *bis* del titolo XII¹⁵), nonché il reato di maltrattamenti contro familiari e conviventi (collocato tra i delitti contro la famiglia, al titolo XI, art. 572 c.p.). Per inciso va segnalato che il legislatore del 1996 ha fornito una diversa collocazione ai reati contro la libertà dell'individuo in ordine alla propria sessualità, nell'ambito dei delitti contro la libertà personale e non più contro la moralità pubblica, come originariamente nel codice.

5. Allo stato attuale, non è prevista nel nostro ordinamento penale una disciplina organica a tutela della vita prenatale. Le uniche disposizioni previste sono collocate, da un lato, nell'ambito della legge sulla interruzione volontaria della gravidanza (legge n. 194/1978) e, dall'altro, nell'ambito della legge in materia di procreazione medicalmente assistita (legge n. 40/2004).

La legge sull'interruzione volontaria della gravidanza (legge 22 maggio 1978, n. 194) tutela il feto da condotte che dolosamente o colposamente mettono fine alla sua esistenza (artt. 17, comma 1; 18, commi 1 e 2; e 19 della legge, ora traslati nel codice penale agli artt. 593 *bis*, comma 1, e 593 *ter*, commi 1 e 2, c.p. all'interno di un capo denominato "Dei delitti contro la maternità") o che cagionano la sua nascita prematura, interrompendo il normale processo di sviluppo intrauterino (artt. 17, comma 2; e 18, comma 3, della legge, ora art. 593 *bis*, comma 2, e art. 593 *ter*, comma 3, c.p.). La legge sull'aborto prende, dunque, in considerazione esclusivamente le condotte di "interruzione" dello stato di gravidanza, che possono determinare la morte del feto o la sua prematura espulsione¹⁶. Si tratta di una tutela limitata della vita e della incolumità individuale del nascituro, posto che la legge non prevede la punibilità di condotte che provocano una mera lesione dell'integrità fisica del nascituro.

Nella prospettiva di un ampliamento della tutela della vita prenatale, la lacuna

¹⁴F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale*, cit., 132; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., 96.

¹⁵In attuazione della riserva di codice, di cui alla c.d. Riforma Orlando (art. 2, d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21).

¹⁶V. per tutti, M. ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione volontaria della gravidanza. Commentario sistematico alla legge 22.5.1978, n. 194*, Padova, 1992, *passim*; più di recente, M. ROMANO, *Cause di giustificazione proceduruali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1269 ss.

appare ormai ingiustificata, soprattutto in relazione ai pericoli per il nascituro connessi all'esercizio dell'attività sanitaria nell'ambito della medicina e chirurgia prenatale¹⁷. Siccome l'applicabilità del delitto di lesione personale *ex art. 582 c.p.* alle lesioni prenatali risulta preclusa dal fatto che la norma presuppone l'esistenza di un essere umano nato, è necessario interrogarsi sulla necessità di introdurre una fattispecie *ad hoc* (cfr. i delitti di lesione colposa e dolosa del feto previsti dagli artt. 157 e 158 c.p. spagnolo del 1995).

6. Nelle fasi della gravidanza cessa la protezione delle norme sull'omicidio e sull'infanticidio, ma si applicano le norme penali in tema di aborto. Il bene giuridico tutelato dalla legge sull'interruzione volontaria della gravidanza è la vita umana fin dal suo inizio (art. 1, legge n. 194/1978).

Tale principio va interpretato alla luce della sentenza n. 27/1975 della Corte costituzionale, che instaura un contemperamento tra i valori confliggenti allo scopo di ridefinire il nuovo equilibrio. La pronuncia citata riconosce il fondamento costituzionale della tutela del concepito negli artt. 2 e 31 Cost., ma ne ammette il sacrificio, allorché la gestazione implichi pericolo grave per la salute della madre, perché "non esiste equivalenza tra il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute di chi è già persona, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare".

La soluzione legislativa italiana si colloca pertanto nella prospettiva di un bilanciamento di interessi e appare condivisibile, perché affronta il dilemma dell'aborto come un conflitto sul ragionevole modo di proteggere beni comunque riconosciuti come meritevoli di tutela da parte dello Stato. La vita del concepito può essere legittimamente sacrificata quando si tratti di evitare un pericolo per vita della gestante ovvero un pericolo di grave pregiudizio alla sua salute fisica o psichica, sulla base di una valutazione medica che tenga conto delle condizioni di vita presenti e future della gestante stessa¹⁸.

7. Per quanto riguarda le tecniche di procreazione medicalmente assistita, il nostro organo di rappresentanza popolare doveva assolvere un compito grave: si trattava di raggiungere un equo contemperamento tra interessi distinti – salvaguardando il principio di laicità e il pluralismo dei valori – conforme al catalogo assiologico contenuto nel testo costituzionale dello Stato. Non vi è dubbio che questa ponderazione risulta di estrema difficoltà, in quanto il *balancing* riguarda beni o diritti costituzionali tendenzialmente in conflitto: l'integrità dell'embrione, la salute della donna, l'interesse del concepito ad una doppia figura genitoriale, la

¹⁷ In argomento, K. SUMMERER, *Le nuove frontiere della tutela penale della vita prenatale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, *passim*.

¹⁸ Per ulteriori riflessioni si rinvia a S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, 2^a ed., Bologna, 2023, 52 ss.

libertà della ricerca scientifica. Di conseguenza, le valutazioni del penalista sull'opera di bilanciamento effettuata dal legislatore devono essere approfondite ed articolate.

7.1. La legge in materia di procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004, n. 40) doveva soddisfare due esigenze di fondamentale importanza: garantire compiutamente la salute della donna e fornire un'adeguata protezione all'embrione umano. Il raggiungimento di entrambi gli obiettivi non era agevole: si doveva cercare di contemperare istanze contrapposte, senza adottare soluzioni meramente compromissorie fondate su espedienti o finzioni¹⁹. L'attuale disciplina

¹⁹ Si veda, da prospettive diverse, E. DOLCINI, *Embrione, preembrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 440; F. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, in *Leg. pen.*, 2005, 326 ss.; G. FIANDACA, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, in *Leg. pen.*, 2005, 339 ss.; A. MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, in *Leg. pen.*, 2005, 245 ss.; L. EUSEBI, *La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?*, in *Leg. pen.*, 2005, 457 ss.; S. CANESTRARI, *Commento alla legge 40/2004*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 416 ss.; L. RISCATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 674 ss.; E. DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita: quali prospettive dopo il referendum del 2005?*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 103 ss.; F. CONSORTE, *La procreazione medicalmente assistita: legge 19.2.2004, n. 40*, in AA.VV., *I reati contro la persona*, in S. CANESTRARI (a cura di), *I reati contro la vita e l'incolumità individuale*, I, Torino, 2006, 215 ss.; E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008; S. CANESTRARI-F. FAENZA, *Il principio di ragionevolezza nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale*, in *Criminalia*, 2008, 88 ss.; E. DOLCINI, *Responsabilità del medico e reati in materia di procreazione assistita*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 27 ss.; E. DOLCINI, *Embrioni nel numero "strettamente necessario": il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 950 ss.; C. CASSANI, *La diagnosi genetica preimpianto e la sua rilevanza penale*, in *Ind. pen.*, 2009, 87 ss.; C. CASSANI, *Artt. 12-14*, in C. CASSANI-M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita. Legge 19 febbraio 2004, n. 40. - Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in L. BALESTRA-S. CANESTRARI-G.F. RICCI (a cura di), *Leggi collegate*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, Tomo II, *Leggi collegate*, 2^a ed., Milano, 2009, 3716 ss.; E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in S. CANESTRARI-G. FERRANDO-C.M. MAZZONI-S. RODOTÀ-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di Biodiritto - Il governo del corpo*, Tomo I, Milano, 2011, 1537 ss.; E. DOLCINI, *La lunga marcia della fecondazione assistita. La legge 40/2004 tra Corte costituzionale, Corte EDU e giudice ordinario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 428 ss.; A. VALLINI, *La diagnosi genetica preimpianto: da illecito penale a quesitone deontologica. Eterogenesi dei fini di un legislatore irragionevole*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1405 ss.; C. CASSANI, *La diagnosi genetica preimpianto: profili penali e risvolti applicativi*, in G. BALBI-A. ESPOSITO (a cura di), *Licità, valori e diritto penale. Atti del convegno (Santa Maria Capua Vetere), 6 febbraio 2009*, Torino, 2011, 79 ss.; F. CONSORTE, *L. 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-P. VENEZIANI (a cura di), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Piacenza, 2011, 2981 ss.; F. CONSORTE, *La disciplina della procreazione medicalmente assistita (L. 19-2-2004, n. 40), § 1 - La disciplina della procrea-*

legislativa riconosce che l’embrione è un valore meritevole di tutela, come si desume dalla nostra Costituzione, dalla giurisprudenza costituzionale, dalle leggi vigenti, dai documenti internazionali e delle Istituzioni Europee. Tale consapevolezza ha condotto all’introduzione di numerose figure di reato, che possono essere suddivise in due gruppi. Il primo comprende fattispecie incriminatrici poste a presidio di principi “ampiamente” condivisi, espressione di valori fortemente radicati anche nel contesto delle attuali società pluralistiche. Il secondo è composto da illeciti penali che, allo scopo di salvaguardare l’integrità dell’embrione umano, interferiscono mediante vincoli e divieti intransigenti nell’applicazione delle principali metodiche o procedure di procreazione medicalmente assistita.

Un primo gruppo di disposizioni mira a vietare condotte che non sono compatibili con il riconoscimento della natura umana dell’embrione e che offendono il bene giuridico dell’irripetibilità del genoma umano. Tra le altre:

a) L’art. 12, comma 6, punisce con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro “*chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni*”.

b) L’art. 12, comma 7, punisce “*chiunque realizza un processo volto ad ottenere un essere umano discendente da un’unica cellula di partenza, eventualmente identico, quanto al patrimonio genetico nucleare, ad un altro essere umano in vita o morto*” con la reclusione da dieci a venti anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro. La norma prevede, altresì, che il medico sia punito con l’interdizione perpetua dall’esercizio della professione.

c) L’art. 13, comma 3, lett. a) commina una pena di particolare rigore nei confronti di chi produce “*embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge*” (è aumentata fino a un terzo la pena della reclusione da due a sei anni e della multa da 50.000 a 150.000 euro).

Come si è appena anticipato, il secondo gruppo di disposizioni ha l’obiettivo di introdurre una tutela integrale dell’embrione umano.

Il comma 1 dell’art. 14 prevede il divieto di soppressione degli embrioni e della pratica della *crioconservazione* degli stessi.

Di conseguenza, il comma 2 dell’art. 14 stabilisce che “*le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell’evoluzione tecnico-scientifica e di quanto*

zione medicalmente assistita, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA, VII, *I delitti contro la vita e l’incolumità personale*, Torino, 2011, 623 ss.; A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012, *passim*; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. II, Tomo I, *I delitti contro la persona*, 4^a ed., Bologna, 2013, 51 ss.; E. DOLCINI, *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello stato: da sempre un rapporto difficile*, in *Dir. pen. cont.*, 27 novembre 2013, 1 ss.

previsto dall'art. 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre", prevedendo la sanzione – di notevole asprezza – della reclusione fino a tre anni e della multa da 50.000 a 150.000 euro. Il comma 4 limita la possibilità di crioconservare embrioni ai soli casi in cui il trasferimento in utero non sia possibile per causa di forza maggiore, grave, documentata e imprevedibile, relativa allo stato di salute della donna; il trasferimento dovrà comunque avvenire "appena possibile". Come vedremo tra poco, la Corte costituzionale ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dei commi 2 e 3 dell'art. 14.

I divieti intransigenti introdotti da questo secondo gruppo di fattispecie incriminatrici sono posti esclusivamente per salvaguardare l'embrione. Al bene (di rango superiore) della salute della donna non viene offerta una tutela adeguata, in quanto il legislatore impone al sanitario l'obbligo di adottare metodologie diverse da quelle che la scienza medica ritiene ottimali per rimediare allo stato di infertilità, con l'effetto di rendere meno sicuro il trattamento e di diminuirne le percentuali di successo. Da un lato, infatti, aumenterà il fenomeno delle gravidanze multiple, che espone la donna a seri pericoli di complicanze e il nascituro a un maggior rischio di mortalità perinatale per immaturità (sul problema della liceità della riduzione embrionaria di gravidanza multipla conseguente ad un intervento di procreazione medicalmente assistita, si è pronunciato il Tribunale di Cagliari con decr. 5 giugno 2004 e con ord. 29 giugno 2004); dall'altro, nella maggior parte dei casi sarà necessario procedere a più cicli di trattamento per ottenere le attuali percentuali di gravidanze.

Inoltre, il divieto perentorio di "ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti", previsto dall'art. 13, comma 3, lett. b), sembrerebbe vanificare il ricorso alla diagnosi genetica preimpianto anche nei confronti di coppie portatrici di malattie genetiche, trasmissibili al concepito, con problemi di fertilità. Invero, la diagnosi preimpianto può essere effettuata esclusivamente nei casi in cui si perseguono finalità terapeutiche "volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative" (art. 13, comma 2)²⁰. Nell'ambito delle "Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita", emanate successivamente dal Ministro della Salute con d.m. 21 luglio 2004, si precisava peraltro (*sub* art. 13) che "ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'articolo 14, comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale" e che "qualora dall'indagine vengano evidenziate gravi anomalie irreversibili dello sviluppo di un embrione, il medico responsabile della struttura ne informa la coppia ai sensi dell'art. 14, comma 5. Ove in tal caso il trasferimen-

²⁰ In merito, v. S. CANESTRARI, *Commento alla legge 40/2004*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 416; E. DOLCINI, *Responsabilità del medico e reati in materia di procreazione assistita*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 31.

to dell'embrione, non coercibile, non risulti attuato, la coltura in vitro del medesimo deve essere mantenuta fino al suo estinguersi". Inoltre, con riferimento all'art. 14, comma 3 della legge, si stabilisce che "qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per cause di forza maggiore relative allo stato di salute della donna non prevedibili al momento della fecondazione e, comunque, un trasferimento non risulti attuato, ciascun embrione non trasferito dovrà essere crioconservato in attesa dell'impianto che dovrà avvenire prima possibile". Sul punto sono ritornate le nuove *Linee guida* in materia di procreazione medicalmente assistita emanate dal Ministro della Salute con d.m. 11 aprile 2008, in cui si è ribadito il divieto di diagnosi preimpianto a finalità eugenetica (*sub* art. 13).

Numerosi sono i casi di coppie portatrici sane di malattie genetiche (soprattutto beta-talassemia) che, di fronte al rifiuto di un centro medico di procedere al trasferimento dei soli embrioni risultati sani all'esito della diagnosi preimpianto – rifiuto fondato sull'art. 14, comma 2, della legge n. 40/2004, che impone il contemporaneo trasferimento di tutti gli embrioni prodotti – si sono rivolte al Tribunale (ai sensi dell'art. 700 c.p.c.) al fine di vedere riconosciuto il diritto di procedere alla diagnosi preimpianto e di ottenere il trasferimento dei soli embrioni sani.

La Corte costituzionale, investita delle questioni di legittimità, già evidenziate dalla dottrina²¹, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 14, commi 2 e 3, della legge n. 40/2004 (sent. 8 maggio 2009, n. 151), limitatamente alle parole "ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre" e nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come previsto in tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna.

La Corte ha ritenuto che "la previsione della creazione di un numero di embrioni non superiore a tre, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita, si pone, in definitiva, in contrasto con l'art. 3 Cost., riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza, in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili; nonché con l'art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna, ed eventualmente, come si è visto, del feto ad esso connesso".

L'illegittimità dell'art. 14, comma 2, comporta altresì una deroga al principio generale di divieto di crioconservazione di cui al comma 1 dell'art. 14, posto che si determina la necessità del ricorso alla tecnica di congelamento con riguardo agli embrioni prodotti ma non impiantati per scelta medica.

²¹ V. E. DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita: quali prospettive dopo il referendum del 2005*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 5 ss.; S. CANESTRARI-F. FAENZA, *Il principio di ragionevolezza nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale*, cit., 88 ss.; L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, cit., 676 ss.

In seguito alla sentenza della Corte costituzionale, la giurisprudenza di merito²² si è ulteriormente espressa nel senso della liceità penale della diagnosi genetica preimpianto, consentendo altresì che dalle tecniche di fecondazione assistita si possa ottenere un numero di embrioni commisurato alle condizioni fisiche della coppia, nel rispetto della valutazione medica in merito alla quantificazione del “numero... strettamente necessario”, ex art. 14, comma 2²³.

Una diversa e isolata pronuncia²⁴, invece, ha accolto un ricorso finalizzato ad accedere alla diagnosi genetica preimpianto, con successiva selezione degli embrioni sani, in favore di una coppia fertile, portatrice di una malattia genetica, sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 13, comma 1, alla luce del diritto dei genitori di essere informati sullo stato di salute degli embrioni ex art. 14, comma 5.

Tale profilo è stato successivamente oggetto di una sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che ha affermato che il divieto, previsto dalla legge italiana, di accedere alla fecondazione assistita da parte di coppie fertili portatrici di malattie genetiche al fine di sottoporsi alla diagnosi genetica preimpianto, è in contrasto con il “diritto al rispetto della propria vita privata e familiare” ex art. 8 CEDU, in quanto la “ingerenza” della legge statale nell'esercizio di tale diritto è sproporzionata, in ragione dell'incoerenza della possibilità, prevista dalla legge n. 194/1978, di ricorrere all'aborto terapeutico, nel caso in cui, a gravidanza iniziata, il feto sia affetto dalla malattia di cui la coppia è portatrice²⁵.

Il Tribunale di Roma, adito dai medesimi ricorrenti ex art. 700 c.p.c., ha dato esecuzione alla pronuncia della Corte Europea ai sensi dell'art. 46 CEDU, previa disapplicazione dell'art. 4 della legge n. 40/2004, riconoscendo alla coppia il diritto di accedere alla fecondazione assistita, per sottoporre a diagnosi genetica preimpianto gli embrioni eventualmente ottenuti²⁶.

Successivamente, lo stesso Tribunale, nell'ambito di due procedimenti civili “*ante causam*” ex art. 700 c.p.c., promossi da altrettante coppie di coniugi che – al

²² V. Trib. Bologna, sez. I, ord. 16 giugno 2009-17 giugno 2009, Giudice dott.ssa Borgo, inedita; Trib. Bologna, sez. I, ord. 29 giugno 2009, in *DeJure*; Trib. Cagliari, ord. 9 novembre 2012, n. 5925, in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2012; Trib. Roma, ord. 23 settembre 2013, in <http://www.giurcost.org>.

²³ V. Trib. Bologna, sez. I, ord. 16 giugno 2009-17 giugno 2009, Giudice dott.ssa Borgo, cit.; Trib. Bologna, sez. I, ord. 29 giugno 2009, cit.

²⁴ Trib. Salerno, ord. 9 gennaio 2010, in *Fam. dir.*, 2010, 476 ss.

²⁵ Corte EDU, sez. II, 28 agosto 2012, n. 54270/2010, *Costa e Pavan c. Italia*; in dottrina v.: E. DOLCINI, *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello stato: da sempre un rapporto difficile*, cit., 8 ss.; A. VALLINI, *Diagnosi preimpianto: respinta la richiesta di rinvio alla Gran Camera CEDU avanzata dal governo italiano nel caso Costa e Pavan contro Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 18 febbraio 2013, 1 ss.

²⁶ Trib. Roma, ord. 23 settembre 2013, in <http://www.giurcost.org>.

fine di evitare la trasmissione ai futuri figli di malattie genetiche di cui erano portatori – chiedevano di accedere a tecniche di PMA con diagnosi genetica preimpianto, ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4 della legge n. 40/2004 per contrasto con gli artt. 2, 3, 32 Cost., oltre che con l’art. 117, comma 1, Cost. in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU.

La Corte costituzionale, con sentenza 14 maggio-5 giugno 2015, n. 96, ha dichiarato l’illegittimità delle norme in questione, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all’art. 6, comma 1, lett. b), della legge 22 maggio 1978, n. 194, accertate da apposite strutture pubbliche.

Tale indiscriminato divieto risulterebbe, in particolare, affetto da un insuperabile aspetto di irragionevolezza, dal momento che – pur essendo scientificamente possibile – non consentirebbe alla donna di acquisire “prima” una informazione che le permetterebbe di evitare di assumere “dopo” (successivamente a trattamenti particolarmente invasivi di accertamento, come villocentesi o amniocentesi) una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute.

Come osservato da chi scrive, il difetto di raccordo tra la legge che vieta la diagnosi genetica preimpianto e la legge che, invece, in determinati casi consente l’interruzione volontaria di gravidanza anche dopo i primi novanta giorni comporterebbe, inoltre, un ribaltamento della scala di intensità della tutela penale della vita prenatale che dovrebbe prevedere una progressiva intensificazione all’evolvere degli stadi di sviluppo, e non viceversa. Lo statuto penale differenziato tra “embrione” e “feto” che viene in tal modo a delinearci non appare, dunque, corrispondente al criterio di ragionevolezza²⁷.

“Sarà poi compito del legislatore introdurre apposite disposizioni al fine della auspicabile individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l’accesso alla PMA di coppie fertili e delle correlative procedure di accertamento (anche agli effetti della preliminarmente sottoposizione alla diagnosi preimpianto) e di una opportuna previsione di forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle (anche valorizzando, eventualmente, le discipline già appositamente individuate nella maggioranza degli ordinamenti giuridici europei in cui tale forma di pratica medica è ammessa)”²⁸.

²⁷ S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, 1^a ed., Bologna, 2015, 58 (2^a ed., 2023, 61 ss.).

²⁸ Corte cost. n. 96/2015.

3. Omicidio doloso

Delitto naturale per eccellenza, l'omicidio da sempre costituisce la fattispecie primaria a tutela del bene fondamentale della vita. Nel corso della storia, l'omicidio è stato considerato talora in chiave puramente "individualistica", cioè quale delitto contro la vita individuale (indisponibile e di pertinenza unicamente del soggetto che ne è titolare), talora in chiave "pubblicistica", come crimine contro la collettività (in ragione dell'altissimo valore dell'interesse alla vita anche in funzione dell'aggregazione e conservazione della società).

Il nostro codice contempla tre forme di omicidio, in corrispondenza della diversità dell'elemento soggettivo del reato: doloso, preterintenzionale e colposo.

Proprio la fondamentale assenza di artificialità del delitto in oggetto si riverbera sul modo di essere degli elementi descrittivi.

1. L'omicidio doloso (art. 575 c.p.) è reato comune: non è richiesta una particolare qualifica in capo al soggetto attivo. Ciò vale per tutti i delitti contro la vita, esclusa l'ipotesi di infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale.

2. Per quanto concerne il fatto materiale, la condotta è comune alle altre figure di omicidio e consiste nel "cagionare la morte di un uomo", in qualsiasi modo, tramite lesione materiale o anche mediante violenza psichica sulla vittima.

La condotta di omicidio volontario può consistere in un comportamento commissivo od omissivo. In quest'ultimo caso siamo di fronte, sempre che ne sussistano tutti i requisiti, ad un reato omissivo improprio.

Il nesso di causalità tra la condotta (attiva od omissiva) e l'evento, accertabile tramite riferimento al modello della sussunzione sotto leggi scientifiche, è l'autentico "baricentro" dell'incriminazione, costituendo la base del rimprovero²⁹: l'omicidio è il tipico delitto a forma libera o causalmente orientato. Per l'approfondimento delle tematiche connesse alla nozione di causalità accolta dagli artt. 40 e 41 c.p. si rinvia ai manuali di parte generale, anche in considerazione del fatto che le diverse teorie sul nesso causale sono state elaborate assumendo come punto di riferimento i casi di omicidio.

La dottrina tende a porre in evidenza il legame che esiste tra forma dell'incriminazione e rilievo del bene giuridico tutelato³⁰. In effetti, mentre i reati contro be-

²⁹ In termini analoghi, di recente, S. CAGLI, *sub art. 575*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-P. VENEZIANI (a cura di), *Codice penale*, cit., 1969; D. TASSINARI, *Omicidio doloso (art. 575)*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA, VII, *I delitti contro la vita e l'incolumità personale*, cit., 8; di recente, R. GIRANI, *L'omicidio doloso e le circostanze aggravanti speciali*, in *Diritto penale*, diretto da A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA, *Omnia trattati giuridici*, Torino, 2022, 4987 ss.

³⁰ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 97.

ni personalissimi e di massimo rango (come la vita e l'incolumità fisica) vengono tipizzati dal legislatore secondo lo schema a forma libera – in quanto si tende a colpire ogni e qualsiasi violazione di tali beni primari – sono di regola a forma vincolata le fattispecie poste a tutela di beni parzialmente disponibili (come il patrimonio), la cui offesa riveste significato penale limitatamente alle condotte più gravi e a particolari modalità delle stesse.

Ai fini della commissione del delitto di omicidio doloso rilevano – trattandosi appunto di reato a forma libera – mezzi diretti e indiretti: tra questi ultimi, ad esempio, il contagio di malattia infettiva; oppure i mezzi c.d. “moralì”, come la diffamazione e l'ingiuria³¹. Ovviamente, affinché possa ritenersi integrato il c.d. “omicidio indiretto”³², occorre accertare – secondo i principi generali in materia di causalità – l'efficacia eziologica dispiegata dal comportamento posto in essere rispetto all'evento morte. In particolare, si ritiene configurabile l'omicidio volontario mediante contagio purché sia accertata l'intenzione di procurare la morte della vittima (c.d. “*animus necandi*”), o quantomeno il dolo eventuale (qualora vi sia una concreta rappresentazione del verificarsi dell'esito letale – fondata sulla consapevolezza dell'inefficacia di terapie mediche – e “accettazione” dell'evento). In passato, la dottrina e la (scarsa) giurisprudenza presero posizione sul contagio di malattie veneree letali (come la sifilide); attualmente una problematica analoga si pone per il contagio da virus HIV, ma con notevoli complicazioni rispetto alle normali forme di patologia infettiva³³.

3. L'evento-morte preso in considerazione dall'art. 575 c.p. corrisponde al concetto di morte c.d. “cerebrale”, descritta dalla già citata legge n. 578/1993 come “la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo”. In concreto l'accertamento dell'avvenuto decesso può risultare complesso³⁴.

³¹ In argomento, si vedano V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VIII, Torino, 1964, 17; V. SERIANNI, *Omicidio*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 4; G. MARINI, *Omicidio*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, 497, nt. 12; G. MARINI, *Delitti contro la persona*, 2^a ed., Torino, 1996, 21, nt. 6.

³² V. PATALANO, *I delitti contro la vita*, cit., 81 ss.; R. PANNAIN, *I delitti contro la vita e la incolumità individuale*, Torino, 1965, II, 849.

³³ Cfr., tra gli altri, S. CANESTRARI, *La rilevanza penale del rapporto sessuale non protetto dell'infetto HIV nell'orientamento del Bundesgerichtshof*, in *Foro it.*, 1991, IV, 149 ss.; K. SUMMERER, *Contagio sessuale da virus HIV e responsabilità penale dell'Aids-carrier*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 303 ss.; A. BONFIGLIOLI, *La responsabilità penale per contagio da virus HIV: profili oggettivi*, in S. CANESTRARI-G. FORNASARI (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Bologna, 2001, 39 ss.

³⁴ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 2011, 101 ss.; F. RAMACCI, *I delitti di omicidio. Corso di lezioni*, 3^a ed., Torino, 2008, 35 ss.

4. Il dolo – generico – consiste nella coscienza e volontà di cagionare l'evento-morte. Non è richiesto, come già nel precedente codice penale Zanardelli del 1889 (art. 364), il “fine di uccidere”.

Com'è noto, la dottrina ritiene che oggetto del dolo non debba essere considerato soltanto l'evento, secondo l'infelice definizione dell'art. 43 c.p., ma l'intero fatto tipico alla luce di una corretta lettura combinata con l'art. 47 c.p.³⁵. Di conseguenza, nel caso dell'omicidio doloso, l'oggetto della rappresentazione e della volontà è costituito dalla condotta e dall'esito letale.

4.1. Per quel che concerne il rapporto di causalità, sembrerebbe *prima facie* ir-rilevante la rappresentazione da parte del soggetto attivo delle peculiari modalità di verificazione del fatto criminoso, in quanto ex art. 575 c.p. la morte può essere cagionata in qualsiasi modo (c.d. delitto “a forma libera” o “causalmente orientato”).

In senso contrario, però, si possono addurre due rilievi, uno di carattere strettamente esegetico, uno derivante da un'attenta considerazione dei principi generali del nostro ordinamento. Per il primo profilo, si è sottolineato come l'espressione “cagionare” utilizzata dal legislatore all'art. 575 c.p. dia un particolare rilievo alla connessione causale tra condotta ed evento³⁶; per l'altro, la tesi che ritiene comunque irrilevante l'errore sul (l'“aberrazione” del) nesso causale appare in contrasto con l'esigenza di una sempre maggiore personalizzazione del rimprovero penale, perché trascura di richiedere un'effettiva congruenza tra “voluto” e “realizzato”.

Ciò posto, si può concordare con l'opinione secondo cui una divergenza “essenziale” – che non riguardi, cioè, i dettagli secondari – tra decorso causale prefigurato e concreta dinamica causale escluderebbe il dolo in quanto errore sul fatto³⁷. Occorre, peraltro, avere piena consapevolezza della difficoltà di elaborare criteri di identificazione dell'essenzialità o meno della divergenza³⁸.

4.2. In ragione dell'intensità della coscienza di cagionare l'evento letale, si possono distinguere dolo d'impeto e dolo di proposito. La prima forma si ha qualora la decisione di uccidere sia improvvisa e repentinamente portata ad esecuzione (il che peraltro non esclude l'*animus necandi*, sebbene ne renda più difficile l'accertamento). Viceversa, si configura il dolo di proposito quando tra l'ideazio-

³⁵ Sul punto vedasi, per tutti, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 6ª ed., Bologna, 2009, I, 361.

³⁶ Si veda V. PATALANO, *I delitti contro la vita*, cit., 26.

³⁷ V., tra gli altri, H.H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlino, 1996, 280; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 361 ss.

³⁸ Sul punto v. V. PATALANO, *Omicidio (Diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 944 ss.; L. DURIGATO, *Aberratio causae: un tema marginale?*, in *Ind. pen.*, 1993, 31; L. CORNACCHIA, *Reato aberrante*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, 168; E. MEZZETTI, *Divagazioni penalistiche sul c.d. “dolo colpito a mezza via dall'errore”*, in *Cass. pen.*, 2009, 5011.