



diritto & religioni

Semestrale
Anno VIII - n. 1-2013
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

15



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni

Semestrale
Anno VIII - n. 1-2013
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, M. C. Folliero, A. Fuccillo, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali

Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci
A. Bettetini, G. Lo Castro
M. d'Arienzo, V. Fronzoni,
A. Vincenzo
M. Jasonni, L. Musselli
G.J. Kaczyński, M. Pascali
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile

Giurisprudenza e legislazione costituzionale e comunitaria
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefani
L. Barbieri, Raffaele Santoro,
Roberta Santoro

G. Chiara, R. Pascali
S. Testa Bappenheim
V. Maiello
A. Guarino

Parte III

SETTORI

Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

F. Petroncelli Hübler, M. Tedeschi

Comitato dei referees

Prof. Andrea Bettetini - Prof.ssa Geraldina Boni - Prof. Salvatore Bordonali - Prof. Orazio Condorelli - Prof. Pierluigi Consorti - Prof. Raffaele Coppola - Prof. Pasquale De Sena - Prof. Saverio Di Bella - Prof. Francesco Di Donato - Prof. Olivier Echappè - Prof. Nicola Fiorita - Prof. Antonio Fucillo - Prof. Federico Aznar Gil - Prof. Ivàn Ibàn - Prof. Pietro Lo Iacono - Prof. Dario Luongo - Prof. Agustin Motilla - Prof. Salvatore Prisco - Prof. Patrick Valdrini - Prof. Gian Battista Varnier - Prof. Carmela Ventrella - Prof. Marco Ventura.

**Tribunale di Como. Sezione Penale I.
Sentenza 14 gennaio 2013, n. 1339**

**Delitti contro la persona – Lesioni personali – Nozione di malattia –
Intervento di circoncisione rituale maschile — Consenso di un solo
genitore e dissenso dell’altro rispetto all’intervento – Illiceità dell’in-
tervento – Integrazione del reato**

La permanente mutilazione conseguente ad un intervento di circoncisione rituale maschile costituisce alterazione anatomica e funzionale del pene, che integra in sé una “malattia” ai sensi dei delitti di lesioni personali. Tale pratica, fondata su precetti di matrice culturale e come tale svincolata da esigenze di natura terapeutica – a differenza dei trattamenti sanitari obbligatori urgenti, o anche solo necessari, finalizzati a migliorare le condizioni di salute del malato – trova quale unico ed imprescindibile presupposto di liceità il consenso dell’avente diritto, e pertanto non può mai essere eseguita contro il volere di colui che vi si sottoponga, ovvero di chi eserciti la potestà dei genitori nei suoi confronti. Integra pertanto il delitto di lesioni volontarie la condotta del genitore non affidatario e quella del medico che, in concorso tra loro, sottopongano un bimbo ad un intervento di circoncisione rituale, essendo ben consapevoli del dissenso espressamente manifestato dal genitore esercente la potestà in via esclusiva.

Fonte: www.penalecontemporaneo.it

La circoncisione rituale maschile compiuta con il dissenso di uno dei genitori integra il delitto di lesioni personali dolose (Nota Redazionale a Trib. Como, Sez. pen. I, 14 gennaio 2013, n. 1339)

LUCA DELLA RAGIONE

La sentenza da ultimo pubblicata costituisce uno dei pochi precedenti giudiziari¹ relativi alla pratica della circoncisione rituale maschile dettata da motivi religiosi e culturali².

Nel caso di specie, un bambino di sei anni veniva circonciso a seguito di un intervento medico voluto dal padre, tunisino di fede islamica, che aveva approfittato del temporaneo affidamento del figlio per fargli praticare l'intervento suindicato,

¹ Tra i precedenti giurisprudenziali di merito si segnalano, in particolare, Trib. Milano, 26 novembre 1999, nonché Trib. Padova, 9 novembre 2007, pubblicato in *Giur. merito*, 2008, n. 10, p. 2590 con nota di VITO PLANTAMURA, *Brevi note in tema di circoncisione maschile rituale, esercizio abusivo della professione e lesioni. Quest'ultima pronuncia, confermata in secondo grado, è stata poi annullata da Cass. pen., Sez. VI, 22 giugno 2011, n. 43646, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di VERENA PUSATERI, *La circoncisione maschile cd. rituale non integra – se eseguita per motivi culturali che determinano l'ignoranza inevitabile della legge penale – il reato di esercizio abusivo della professione medica*. Nel caso di specie, una giovane donna nigeriana, da poco tempo giunta in Italia, aveva fatto sottoporre il figlio neonato a intervento di circoncisione da un soggetto non abilitato alla professione medica. La Suprema Corte ha riconosciuto che la circoncisione è un atto di natura medica, privo di finalità terapeutiche quando praticato come rito della fede religiosa. Inoltre, tale atto, incidendo sull'integrità fisica della persona, impone che a praticarlo sia un medico. Stabilito quindi che la circoncisione è un atto medico praticabile solo da soggetti qualificati, la Corte ha evidenziato come sotto il profilo materiale si era in presenza di un reato - nel caso di specie, il concorso nell'esercizio abusivo di una professione - culturalmente orientato. Da ciò si è fatta conseguire l'esclusione dell'elemento soggettivo, poiché il soggetto non aveva percepito l'illiceità della propria condotta e il valore tutelato dalla norma violata. In particolare, la Corte di Cassazione entra nel vivo del cd. giudizio di inevitabilità, ossia dell'analisi delle caratteristiche soggettive e personali dell'imputata (i cd. 'parametri soggettivi puri', secondo la terminologia della Corte cost., n. 364/1988) che possono aver ingenerato una situazione di ignoranza inevitabile, ed in quanto tale scusabile. Occorre, infatti, considerare, secondo i giudici di legittimità, la condizione di marginalità e di oggettiva difficoltà, da parte della donna nigeriana, di recepire come proprio un bagaglio culturale, giuridico ed etnico totalmente differente da quello di origine. La Suprema Corte non esita, pertanto, ad applicare l'art. 5 cod. pen., perché riconosce sussistente una incolpevole carenza di socializzazione dell'imputata che le ha impedito una normale accessibilità - e quindi conoscibilità - della norma penale violata (*rectius*, nella specie, della norma non penale richiamata dalla legge penale in bianco).*

² Per un'ampia trattazione dei rapporti tra diritto penale e presenza, sul territorio nazionale, di immigrati appartenenti a religioni e culture diverse da quella italiana, cfr. FABIO BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milano, 2010, *passim*.

nonostante più volte gli fosse stato negato il consenso della madre durante la causa di separazione.

Il Tribunale di Como, con la pronuncia in esame, afferma che l'intervento di circoncisione rituale maschile integra l'estremo della causazione di una "malattia" ai sensi delle norme sulle lesioni personali, indipendentemente dalla circostanza se l'intervento sia o meno eseguito a regola d'arte e se ad esso conseguano complicanze infettive o di altra natura, dal momento che tale intervento produce in ogni caso una alterazione non solo anatomica ma anche funzionale del pene, non strumentale all'eliminazione di una patologia preesistente. Sotto questo aspetto, la sentenza assume una posizione differente da quella del Tribunale di Padova sopra citata, che aveva invece escluso che un intervento di rimozione del prepuzio senza ulteriori conseguenze dannose per la salute potesse essere inquadrato nel paradigma delle lesioni personali.

Il Tribunale di Como riconosce, invero, che l'intervento di circoncisione rituale maschile possa essere giustificato ex art. 50 c.p. dal consenso del paziente ovvero – trattandosi di minore incapace – di entrambi i soggetti che esercitano nei suoi confronti la potestà dei genitori. Su queste basi, si arriva alla conclusione che il dissenso di uno degli esercenti la suindicata potestà – nel caso di specie, del genitore a cui il minore era stato affidato in via esclusiva a seguito della causa di separazione – escluda in radice la liceità dell'intervento.

Orbene, la problematica affrontata dal Tribunale di Como impone una breve ricognizione dei principi espressi dalla Suprema Corte di Cassazione in ordine al ruolo del consenso nell'attività medica ed alla nozione di malattia rilevante ex art. 582 c.p.

È ormai assunto pacifico in dottrina e giurisprudenza che ogni intervento medico compiuto in assenza di consenso è certamente illecito, dal momento che l'art. 32 Cost. vieta qualsiasi trattamento coattivo, salvo nei casi in cui esso sia imposto dalla legge. Le Sezioni Unite della Suprema Corte³, pur non aderendo all'indirizzo che identifica il fondamento di liceità di tale attività nell'art. 50 c.p., ma propendendo piuttosto per la tesi dell'autolegittimazione dell'attività medica, che troverebbe diretta copertura costituzionale nell'art. 32 Cost., hanno infatti affermato che "il presupposto indefettibile che giustifica il trattamento sanitario va rinvenuto nella scelta, libera e consapevole, della persona che a quel trattamento si sottopone".

Ma in difetto di tale consenso, la condotta del medico è illecita solo nella prospettiva civilistica del risarcimento del danno, o integra necessariamente anche gli estremi di una *fattispecie tipica di reato*?

La questione è stata ampiamente discussa dalla recente giurisprudenza di legittimità e il punto decisivo è proprio la nozione di malattia che si intende adottare⁴.

Sul punto, le Sezioni Unite, con l'arresto appena menzionato, hanno ripudiato l'impostazione secondo cui "qualsiasi intervento chirurgico, anche se eseguito a scopo di cura e con esito 'fausto', implica necessariamente il compimento di atti che nella loro materialità estrinsecano l'elemento oggettivo del reato di cui all'art. 582, ledendo l'integrità fisica del soggetto (...) dunque il reato di lesioni volontarie sussiste anche quando il trattamento terapeutico abbia esito favorevole, e la condotta del chirurgo

³ Cass. pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008, rv. 241752, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 1793 ss., con nota di FRANCESCO VIGANÒ.

⁴ LUCA MASERA, *I delitti contro l'integrità fisica*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, a cura di PALAZZO e PALIERO, vol. VII, *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, a cura di VIGANÒ e PIERGALLINI, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 542 ss.

sia di per sé immune da ogni addebito di colpa”⁵. Si è dunque accreditato l’orientamento secondo cui l’intervento medico, anche se non coperto dal consenso del paziente, non può di per sé integrare gli estremi della malattia, nella misura almeno in cui provochi un *miglioramento dello stato di salute complessivo* del paziente, ed è dunque estraneo allo schema legale dell’art. 582, che punisce le condotte recanti danno (e non vantaggio) all’integrità fisica del soggetto passivo⁶.

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

In buona sostanza, è stata esclusa la qualificazione in termini di illiceità penale della condotta del sanitario che abbia agito senza il consenso del paziente, almeno quando l’intervento abbia avuto esito positivo. Per giungere a tali conclusioni, la Corte opta per una nozione restrittiva e *funzionalistica* di malattia, che la identifica in “un *processo patologico evolutivo* necessariamente accompagnato da una più o meno grave *compromissione dell’assetto funzionale* dell’organismo”, precisando allo stesso tempo che “la semplice alterazione anatomica non rappresenta, in sé, un presupposto infettibile della malattia, giacché ben possono ammettersi processi patologici che non si accompagnino o derivino da una modificazione di tipo anatomico, così come, all’inverso, una modificazione di quest’ultimo tipo che non determini alcuna incidenza sulla normale funzionalità dell’organismo si presenta, secondo tale condivisibile impostazione, insuscettibile di integrare la nozione di ‘malattia’”⁷.

⁵ Già sostenuto da Cass. pen., Sez. IV, 11 luglio 2001, Firenzani, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 2043 ss. Secondo tale impostazione il medico che effettui un’operazione chirurgica non consentita dal paziente (perché ad esempio questi aveva prestato il proprio consenso solo ad un intervento meno invasivo) cagiona comunque, anche nel caso di esito favorevole dell’intervento, una *malattia*, consistente nell’atto chirurgico in sé considerato: malattia che gli sarà imputabile a titolo di dolo, posto che il sanitario ha *voluto* praticare l’intervento non consentito; con l’ulteriore conseguenza che, se dall’intervento pur compiuto secondo le *leges artis* sia derivata la morte del paziente, il medico risponderà di *omicidio preterintenzionale*, avendo compiuto atti diretti a ledere, che hanno cagionato come conseguenza non voluta la morte della persona offesa.

⁶ Cass. Sez. I, 29.5.2002, Volterrani, in *Cass. pen.*, 2003, pp. 2659 ss., secondo cui “quando il chirurgo esegue, ad esempio, un’appendicectomia, taglia un pezzo dell’intestino cieco marcio impedendo che l’infezione si propaghi, cagiona, quindi, una *lesione da cui non deriva l’insorgere, ma l’eliminazione della malattia*. Per ottenere questo risultato positivo egli è costretto, però, anche ad incidere l’addome del paziente provocando con piena coscienza e volontà una ferita dalla quale certamente deriva una malattia, consistente nella lacerazione del tessuto cutaneo e sottocutaneo, che richiede un certo tempo per rimarginarsi e che può anche lasciare una cicatrice indelebile. Ma è ovvio che si tratta di *un’attività strumentale*, priva di una propria autonomia funzionale, un passaggio obbligato verso il raggiungimento dell’obiettivo principale dell’intervento, che è quello di liberare il paziente dal male che lo affligge”.

⁷ Cass. pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008, rv. 241752, cit.

Nonostante la ricchezza dell'apparato argomentativo, la dottrina⁸ ha comunque evidenziato che la decisione delle Sezioni Unite non risolve tutte le questioni sul tappeto. In particolare, con riferimento alla *definizione di "esito fausto"*, in molti casi è possibile che un esito terapeutico, che secondo la scienza medica dovrebbe qualificarsi come favorevole, possa non risultare tale alla luce della soggettiva percezione che il paziente ha del proprio stato di salute. Può allora reputarsi "fausto" un esito che, benché rappresenti scientificamente il modo migliore per tutelare la salute del paziente, sia dallo stesso avvertito come gravemente lesivo del proprio benessere psico-fisico?

Altra questione riguarda le ipotesi in cui l'esito sia univocamente da qualificare come infausto. La Corte parla a questo proposito di una possibile imputazione per lesioni a titolo di colpa impropria, quando il medico abbia colposamente travalicato i limiti del consenso del paziente. *Quid iuris* però quando il medico non abbia affatto errato sui limiti del consenso, ma abbia proceduto pur essendo perfettamente consapevole che il paziente non aveva consentito all'operazione? Esclusa per le Sezioni Unite la responsabilità a titolo di dolo, ci si dovrebbe chiedere come si concilia una responsabilità colposa quando non vi è stato alcun errore da parte del sanitario. Ed anche nelle ipotesi in cui vi sia stato da parte del medico un errore sulla portata del consenso, ci si dovrebbe chiedere se è lecito fondare su tale errore una responsabilità per lesioni colpose, quando le disposizioni che disciplinano il consenso in ambito medico non hanno affatto quella funzione cautelare rispetto alla verifica di eventi lesivi, che invece dovrebbe caratterizzare una norma perché la sua violazione possa rilevare ai fini dell'imputazione di un evento a titolo di colpa.

Volendo applicare i principi espressi dalle Sezioni Unite all'ipotesi di circoncisione rituale maschile eseguita su un minore senza il consenso di uno dei due genitori, ci si deve chiedere se tale intervento determini "un *processo patologico evolutivo* necessariamente accompagnato da una più o meno grave *compromissione dell'assetto funzionale dell'organismo*", e che dunque non sia riconducibile ad una semplice alterazione anatomica. A tale interrogativo il Tribunale di Como da una risposta incondizionatamente positiva, indipendentemente dalla circostanza se l'intervento sia o meno eseguito a regola d'arte e se ad esso conseguano complicanze infettive o di altra natura, dal momento che tale intervento produce in ogni caso una alterazione non solo anatomica ma anche funzionale del pene.

A ben vedere, tuttavia, proprio il caso in esame è sintomatico delle difficoltà cui va incontro l'interprete nell'individuare, in concreto, cosa determini un'alterazione dell'assetto funzionale dell'organismo, quantomeno nell'ipotesi in cui l'intervento sia eseguito nel rispetto delle *leges artis* ed in assenza di alcuna ulteriore conseguenza. Invero, si potrebbe anche sostenere che un intervento di rimozione del prepuzio senza ulteriori conseguenze dannose per la salute non determini alcuna compromissione funzionale dell'organismo.

La sentenza in esame si segnala poi per ulteriori profili di rilevante interesse penalistico. Invero, si affronta, seppure con un *obiter dictum*, il tema del criterio di imputazione soggettiva delle circostanze aggravanti di cui all'art. 583 c.p. in un delitto a base dolosa come le lesioni personali volontarie ex art. 582 c.p. La pronuncia in esame sembra escludere in linea di principio la necessità di una specifica indagine sui profili di colpa di una azione già qualificata come dolosa. Tale affermazione, tuttavia,

⁸ LUCA MASERA, *op. cit.*, p. 558.

si mostra problematica alla luce del principio costituzionale di colpevolezza, come delineato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 364 del 1988, e dello stesso art. 59 co. 2 c.p., che, dopo la riforma del 1990, impone una indagine sui profili di colpa rispetto alla causazione degli eventi dai quali la legge penale fa dipendere l'aggravamento di un fatto tipico, pure qualificato, nella sua forma base, come doloso. Conseguentemente, in applicazione del criterio generale di imputazione soggettiva delle aggravanti di cui all'art. 59 co. 2 c.p., è possibile affermare che l'agente risponde *ex art. 583* anche quando non ha voluto l'evento ivi tipizzato, purchè, tuttavia, questo gli sia imputabile a titolo di colpa⁹.

Va infine rilevato che la pronuncia del Tribunale di Como evidenzia la valorizzazione del motivo religioso, condiviso dal padre e dal medico che eseguì l'intervento, ai fini della concessione delle attenuanti generiche¹⁰.

⁹ Per l'affermazione secondo cui per la condanna a titolo di lesioni gravi o gravissime è irrilevante la volontarietà dell'entità delle stesse, bastando che la causazione di un danno di particolare gravità fosse *in concreto prevedibile* da parte dell'agente, cfr. Cass. pen., Sez. V, 13 febbraio 2004, n. 546, in *Giur. it.*, 2005, p. 1269.

¹⁰ Per l'analisi della rilevanza del fattore culturale nella struttura del reato, cfr. FABIO BASILE, *op. cit.*, *passim*.