Indice

Sommario

(6) Fondamento logico-giuridico..... 341
(7) Ambito e natura giuridica del consenso..... 343

Capitolo XII

Consenso dell'avente diritto

SOMMARIO: **6)** *Fondamento logico-giuridico;* **7)** *Ambito e natura giuridica del consenso;* **8)** *Requisiti di validità. Consenso libero e spontaneo;* **9)** *La legittimazione a prestare il consenso;* **10)** *Segue: la disponibilità dell'interesse;* **11)** *Il consenso nei reati colposi.*

(6) Fondamento logico-giuridico

Mancanza di interesse

L'art. 50 stabilisce: «Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, con il consenso del-la persona che può validamente disporne». Così statuendo la nor-ma codifica il tradizionale *volenti non fit iniuria*.

Circa il fondamento di questa esimente, parte della dottrina, assumendo come dato indiscutibile la diversità del consenso rispetto alle altre cause di giustificazione basate sul "bilanciamento degli interessi", lo individua nella "mancanza di interesse". Tale punto di vista si basa sull'idea di una mancanza di meritevolezza di tutela del bene giuridico, rispetto alle aggressioni di soggetti terzi, conseguente alla rinuncia alla tutela da parte del titolare del bene stesso. In altre parole, il consenso dell'avente diritto si baserebbe sul seguente fondamento: «non vi è ragione che lo Stato appresti la tutela di un interesse, alla cui salvaguardia il titolare mostra di rinunciare consentendone, appunto, la lesione»[1].

Una delle critiche più incisive, mosse a questa impostazione, mette in evidenza come questa si fonderebbe su di un fraintendi-

[1] Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale,* Bologna, 2001, 234.

mento di natura dogmatica. Si afferma, a tale riguardo, che una efficace rinuncia alla tutela potrebbe provenire solo da un soggetto autorizzato a disporre di una tale tutela, disposta in via generale e astratta dalle norme penali. Siffatta facoltà, tuttavia, non sarebbe rinvenibile in capo al soggetto che consente, il quale non avrebbe alcun potere di annullare con la propria volontà privata ciò che il Legislatore statuisce in via generale e astratta.

Bilanciamento di interessi

Altra dottrina[2] si schiera a favore di un fondamento del consenso dell'avente diritto improntato ad un modello basato sul conflitto e dunque sul bilanciamento di più interessi: la libertà individuale e l'interesse generale alla conservazione dei beni giuridici. Il bilanciamento non è, tuttavia, un bilanciamento in astratto, risolto cioè, preventivamente in sede legislativa ma, piuttosto, un bilanciamento «fondato su di un giudizio che faccia riferimento alla situazione concreta». La totale assenza di indici normativi che possano guidare una tale libertà di valutazione è però, uno dei punti deboli della tesi, sul quale si concentrano gran parte delle critiche che ad una tale impostazione vengono e sono state rivolte. Uno dei criteri sostanziali proposto per una soluzione del bilanciamento in questione è il criterio della *proporzione*: tale rapporto deve intercorrere tra i beni in gioco, ma deve essere inteso non in senso statico e astratto, quanto piuttosto in senso dinamico con riferimento al grado della messa in pericolo cui sono esposti i beni e ai mezzi a disposizione dei soggetti. Ulteriore parametro di riferimento viene riconosciuto nella "*necessità*": l'atto di disposizione, dunque, rende ammissibile il consenso solo se, oltre che proporzionato risulti anche come necessario rispetto all'esigenza di tutelare un contro interesse dotato di un qualche rilievo.

I critici della tesi che vede nel bilanciamento di interessi il fondamento del consenso dell'avente diritto, pongono in evidenza un altro aspetto che ne inficerebbe la validità, contestando che la tesi suddetta potrebbe valere soltanto in quei casi in cui non è preventivamente stabilito dal legislatore il confine tra diritto disponibile e diritto indisponibile. Se infatti si è già in presenza di una valutazio-

[2] V. F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto,* Milano, 1995.

ne di un diritto come indisponibile (es.: diritto alla vita), il bilanciamento è già preventivamente risolto.

(7) Ambito e natura giuridica del consenso

– Dalla specifica sfera di operatività della causa di giustificazione in esame, esulano:

a) le ipotesi nelle quali il consenso costituisce un elemento, la cui presenza fa venir meno lo stesso fatto tipico. Si consideri ad es., la fattispecie della violazione di domicilio (art. 614): in questo caso il dissenso dell'avente diritto è un elemento costitutivo del fatto illecito. Discorso analogo vale ad es., rispetto ai reati di violenza privata (art. 610) o violenza sessuale, cui corrispondenti fatti tipici presuppongono un'azione realizzata contro la volontà del soggetto passivo: sicché anche qui il consenso di quest'ultimo fa venir meno il requisito costitutivo del fatto materiale. La conseguenza che se ne ricava è che, in tutti questi casi, la formula di proscioglimento da adottarsi sarà quella «perché il fatto non sussiste».

b) le fattispecie in cui il consenso costituisce circostanza attenuante, o comunque circostanza che derubrica la fattispecie in una meno grave (art. 579);

c) le ipotesi nelle quali il consenso sia elemento costitutivo della fattispecie criminosa; ciò accade ove la legge presuma un vizio nella formazione del consenso in presenza delle circostanze descritte dalla norma incriminatrice: si pensi alla truffa o alla circonvenzione di incapace;

d) infine, il consenso della vittima non spiega alcuna efficacia scriminante neppure quando la norma incriminatrice mira a tutelare il soggetto passivo indipendentemente dalla sua volontà, e al limite anche contro la sua volontà, come avviene nel caso degli atti sessuali con minorenne e della corruzione di minorenne *ex* artt. 609 *quater* e *quinquies*. In simili ipotesi, il bene giuridico protetto non è tanto la libertà (sessuale) della vittima, bensì l'armonico sviluppo della personalità nella sfera sessuale che deve essere garantita anche in presenza di un consenso della vittima atteso che

il minorenne è considerato dalla legge incapace di disporre consapevolmente dei propri interessi.

Causa di esclusione della tipicità

Seguendo la teoria bipartita del reato, il consenso dell'avente diritto esclude la stessa tipicità del fatto, in quanto esclude il disvalore dell'evento e, con questo, anche il disvalore della condotta e dunque la fattispecie tipica stessa. Siffatte conclusioni sarebbero di chiara evidenza nei casi in cui la condotta offensiva realizzata con il consenso del titolare del bene comporti una conseguenza positiva nei confronti del consenziente e rientri nell'ambito di comportamenti normali secondo un giudizio sociale comune: «chi per incarico del proprietario taglia un albero per farne legna da ardere nella stufa, non realizza un disvalore d'evento e dunque un risultato tipico giustificato dal consenso, ma già, in una tale ipotesi, viene a mancare un qualunque disvalore di risultato» (Roxin). Alla stessa conclusione, tuttavia, si dovrebbe giungere anche in quelle ipotesi in cui la condotta consentita non benefici il titolare, ma anzi lo danneggi[3].

Causa di liceità

Secondo, invece, i sostenitori della tesi tripartita, l'art. 50 introduce una causa di liceità e la sua applicazione va circoscritta alle ipotesi nelle quali il giudice accerta un fatto tipico al completo dei suoi elementi: per cui il consenso dell'offeso ha qui l'effetto di giustificare o rendere lecito un fatto che altrimenti costituirebbe illecito penale.

Natura giuridica

Quanto alla natura giuridica del consenso, non si tratta di negozio giuridico né di diritto privato, né di diritto pubblico: conformemente all'opinione oggi dominante, esso va qualificato come un semplice *atto giuridico*, cioè un permesso con il quale si attribuisce al destinatario un potere di agire, che non crea alcun vincolo obbligatorio a carico dell'avente diritto e non trasferisce alcun diritto in capo all'agente. Sicché, il consenso è sempre revocabile, a meno che l'attività consentita, per le sue stesse caratteristiche, non possa essere interrotta se non ad avvenuto esaurimento[4].

---

[3] Cfr. S. TORDINI CAGLI, (voce) *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. giur. del Sole 24 ore,* III, 737.

[4] Il problema della validità del consenso prestato in funzione scriminante si è posto nel caso Muccioli (Corte d'Appello Bologna, 28 novembre 1987, in *Foro it.,* 1988, II, 588), afferente ad una imputazione di sequestro di persona commesso in danno di

(8) ***Requisiti di validità. Consenso libero e spontaneo –*** Perché esplichi efficacia scriminante, il consenso deve avere alcuni requisiti: deve essere *libero* o *spontaneo* (esso cioè deve essere immune da violenza, errore o dolo), *attuale* (sussistere cioè prima dell'avvio della condotta), *informato* e *specifico*.

Libertà e spontaneità

Data la sua natura «non negoziale», la relativa validità prescinde da requisiti di forma: potendo il consenso essere prestato in qualsiasi modo, è indifferente il mezzo con cui si manifesta.

Consenso tacito

Può anche essere desunto dal comportamento oggettivamente univoco dell'avente diritto (*consenso c.d. tacito*) purché sussista al mo-

---

tossicodi-pendenti sottoposti in comunità chiusa a programmi terapeutici comprendenti la restri-zione della libertà personale. I giudici hanno ritenuto il delitto scriminato dal consenso anticipatamente prestato dal ricoverato all'atto di ammissione in comunità, a condizio-ne che la privazione della libertà non si protragga oltre il tempo strettamente necessario al recupero del soggetto e non venga attuata con modalità tali da lederne la dignità di persona umana. In motivazione si è evidenziato che il tossicodipendente, accettando la condizione di essere trattenuto forzosamente in comunità, ha anticipatamente previsto e consentito di accettare la privazione della propria libertà personale ora per allora, cioè per il momento in cui la manifestazione della volontà di uscire sarebbe stata certamen-te attribuibile alla irrefrenabile "sete di droga", per cui la pretesa revoca del consenso dato alla temporanea e finalizzata restrizione della libertà personale altro non sarebbe che il verificarsi di quella condizione oggetto della pattuizione accettata all'atto della ri-chiesta di ammissione nella comunità.

Il c.d. contratto terapeutico, invocato a sostegno della irrevocabilità del consenso, appare in realtà il frutto della superata teoria negoziale e si scontra con la considera zione che il potere dispositivo del soggetto può essere azionato solo entro determinati limiti e non attribuisce diritti irreversibili. Il consenso rimane un atto giuridico, come tale revocabile anche da parte di un soggetto che non abbia la piena capacità di intendere e di autodeterminarsi; consegue che la prestazione anticipata del consenso non esclude che possa intervenire una decisione contraria, pur discutibile e foriera di ripercussioni sul piano civilistico, comunque volta a privare di qualsivoglia veste scriminante la condotta altrui nella prospettiva strettamente penale. Nell'eventualità di una revoca del consenso si potrà al più far leva su altri tipi di scriminati, come l'adempimento del dovere o l'esercizio del diritto in seno ad attività giuridicamente autorizzate o lo stato di necessità. In dottrina è stata così proposta una differente soluzione ricostruttiva in forza della quale, al momento del suo ingresso in comunità, il tossicodipendente concluderebbe un "contratto" con il responsabile del centro, che assumerebbe così una posizione derivata di garanzia, un vero e proprio obbligo di protezione della salute del paziente. Si potrebbe allora invocare la scriminante dell'adempimento del dovere di cui all'art. 51, quand'anche il soggetto receda dal contratto revocando il consenso dato al momento dell'ingresso.

mento del fatto: non scrimina, invece, il consenso successivo o ratifica. Parte della dottrina, inoltre, sulla base della rilevanza oggettiva delle scriminanti *ex* art. 59, sostiene la validità del consenso a prescindere dall'effettiva conoscenza del destinatario.

Consenso putativo

Il *consenso putativo* si ha quando il soggetto agisce nell'erronea supposizione della sua esistenza (art. 59, co. 4): ma la sua efficacia scriminante viene meno ove debba escludersi, in base alle circostanze del caso concreto, la ragionevole persuasione di operare con il consenso della persona che può validamente disporre del diritto. L'errore sulla disponibilità del diritto dell'interessato, risolvendosi invece in un errore sulla legge penale, non può essere invocato a scusa in base al divieto sancito dall'art. 5 c.p.

Consenso presunto

Il consenso dell'offeso è, invece, *presunto* quando si può fondatamente ritenere che il titolare del bene lo avrebbe concesso se fosse stato a conoscenza della situazione di fatto. Mentre la dottrina inclina per lo più ad attribuire rilevanza anche a questa forma di consenso (soprattutto nelle ipotesi di *negotiorum gestio*, come ad es. nel caso di chi apra la lettera di un amico per provvedere ad una esigenza improcrastinabile)[5], la giurisprudenza mostra al riguardo un atteggiamento più restrittivo, anche se lo ammette quando è previsto nell'interesse dell'avente diritto. L'agente, in altri termini, è consapevole che il consenso non fu dato, ma compie egualmente l'azione nell'interesse del titolare del diritto. L'esempio classico è quello della casa del vicino in fiamme: in tal caso ben si potrà abbattere la porta d'ingresso (allo scopo di salvare gli oggetti custoditi in casa), dovendosi presumere la volontà del proprietario di permettere il danneggiamento[6].

---

[5] In verità tale ipotesi pare piuttosto sussumibile nell'ambito di operatività dell'art. 51. Altri, perciò, sostengono l'attitudine della presunzione di consenso ad incidere sul dolo, elidendolo: tesi non condivisa da chi osserva che a tenore dell'art. 59, il dolo è escluso solo nella diversa ipotesi del consenso putativo. Si ritiene, pertanto, che, fuori dai casi riconducibili nel paradigma normativo dell'art. 2058 c.c., la presunzione del consenso possa assumere rilievo scriminante sulla scorta di un'applicazione analogica *in bonam partem* dell'art. 50, a condizione che possa riscontrarsi l'*eadem ratio* di disciplina, sussistendo condizioni idonee a fungere da equipollente rispetto all'abbandono espresso dell'interesse da parte del titolare.

[6] V. Cass. 13 ottobre 1987, secondo cui: «l'opinione di impossessarsi della cosa altrui con il consenso dell'avente diritto fa venir meno il dolo del reato di furto, per la cui sussistenza è necessaria la coscienza di agire contro o senza la volontà del titolare;

(9) ***Segue: la legittimazione a prestare il consenso –*** Soggetto legittimato a prestare il consenso è il titolare dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice, quindi il soggetto passivo del reato. Naturalmente quando i soggetti passivi sono più di uno, il consenso deve essere prestato da tutti.

Quanto alla *capacità a consentire*, si distinguono due orientamenti. Il primo ritiene che il consenso sia un negozio giuridico e quindi può essere prestato solo dal maggiore d'età. È necessaria cioè la capacità, non semplicemente naturale, ma d'agire.

Un altro indirizzo ermeneutico, richiamando la distinzione civilistica tra negozio e atto giuridico, ritiene invece che il consenso non è un negozio bensì un atto giuridico, perché con il consenso non v'è un'autoregolamentazione dei propri interessi, ma una eteroregolamentazione utilizzando uno strumento previsto dall'ordinamento. Si sostiene allora che per aversi un consenso valido il titolare del bene deve avere la capacità a consentire, che, oggi, non viene più necessariamente legata a presunzioni – siano esse di matrice civilistica (capacità d'agire) o di matrice penalistica (imputabilità) – ma viene condizionata ad un accertamento in concreto che tenga conto della singola situazione e dei diritti in gioco[7]. In alcuni

---

tale consenso è effettivo, quando vi sia stata l'espressa autorizzazione alla sottrazione, o tacito, se esso venga desunto da un inequivocabile comportamento del detentore, ovvero *presunto*, nel caso in cui colui che sottrae la cosa ritenga in buona fede di averne il permesso, in assenza o nella impossibilità materiale di chi la detiene; in quest'ultimo caso l'agente deve potere ragionevolmente presumere in base a fatti sicuri, nel momento stesso in cui agisce, che l'avente diritto, se avesse potuto, avrebbe dato il suo consenso, né è sufficiente, quindi, la mera supposizione sulla ipotetica prestazione del consenso medesimo». V. anche Cass. 16 giugno 1986, in *Foro it.,* 1987, II, 4: «l'efficacia scriminante di un consenso presunto dell'avente diritto, ossia di una volontà che si suppone esistente in riferimento alle condizioni in cui ha operato l'agente, deve riconoscersi solo quando quest'ultimo, pur consapevole della mancanza di un consenso, compia ugualmente l'azione nell'interesse del titolare del diritto».

[7] Cfr. S. TORDINI CAGLI, *Op. cit.,* 741. Al di fuori delle tipizzazioni normative, pur potendo essere un utile parametro di riferimento la capacità naturale, da accertarsi caso per caso attraverso verifiche globali, si possono certamente escludere dalla cerchia dei legittimati gli infermi di mente e i totalmente incapaci per alte infermità o per cronica intossicazione da alcool o stupefacenti. Per gli altri soggetti si reputa condivisibile il richiamo alla sufficiente capacità o alla "sufficiente maturità"; inoltre avuto riguardo anche alle consuetudini del tempo, il grado di maturità è da rapportare concretamente alla natura (ad es. patrimoniale o personale) ed alla portata (ad es. valore, qualità o quantità)

casi è lo stesso legislatore a fissare un'età minima: ad es., 14 anni in materia di corruzione di minorenne (art. 609 *quinquies*).

Discussa è ancora la questione della validità del consenso prestato dal rappresentante, legale o volontario, del soggetto passivo. La tesi maggioritaria è tuttavia nel senso di ammetterne la validità, naturalmente nell'ambito dei limiti previsti dalla legge o dal mandato ricevuto; in linea di massima la rappresentanza non deve risultare incompatibile con la natura del diritto e dell'atto da consentire.

(10) ***Segue: la disponibilità dell'interesse –*** Specificando che il consenso deve provenire dalla «persona che può validamente disporne», lo stesso art. 50 circoscrive la sfera di operatività della scriminante in esame ai casi in cui il consenso abbia ad oggetto diritti disponibili.

Ratio del requisito della indisponibilità

Il limite del carattere disponibile del diritto si spiega, del resto, in base alla stessa *ratio* dell'istituto. L'interesse alla repressione infatti viene meno soltanto se il consenso ha ad oggetto la lesione di beni di pertinenza esclusiva (o prevalente) del privato che ne è titolare. Mentre a nulla vale l'eventuale rinuncia alla tutela da parte dell'offeso se è lo Stato ad avere un interesse diretto alla salvaguardia del bene, come accade nel caso di beni dotati di rilevanza per l'intera collettività.

Posto che l'art. 50 non precisa però quali siano i diritti disponibili, il compito di individuarli non può che spettare all'interprete. La disponibilità, rappresentando una connotazione normativa del «diritto» va determinata alla luce dell'ordinamento nel suo complesso; senza escludere, quando il regime delle fonti extrapenali lo richiede, l'integrazione della consuetudine[8]. Secondo altra dottrina,

---

del bene disponibile. È evidente, ad es., che un atto dispositivo di un minore, che sia sufficientemente maturo, se effettuato in un ambito semplicemente patrimoniale, ben può spiegare effetti scriminanti purché contenuto entro determinati limiti moderati di costo o di valore.

[8] Cfr. S. TORDINI CAGLI, *op. cit.,* 739, per la quale: «la consuetudine può così funzionare quale fonte mediata da cui desumere la disponibilità o meno di un determinato diritto; questo, non solo nel caso in cui non si abbia un'indicazione normativa sul punto, ma anche qualora esistano disposizioni normative dedicate specificamente a disciplinare i profili attinenti alla disponibilità di un bene; in tale ipotesi, infatti, la consuetudine può comunque intervenire per modificare, nella situazione concreta, il punto di vista normativo».

invece, il discrimine tra disponibilità ed indisponibilità non viene trovata sulla base di un riferimento ad una fonte astratta, quanto piuttosto attraverso un'opera di bilanciamento in concreto.

Concetto di *disponibilità*

Il concetto di "disponiblità" è molto vasto e comprende qualsiasi forma di esercizio del potere del soggetto sul diritto di cui è titolare. Il consenso alla lesione rappresenta un fenomeno dispositivo ridotto, a confronto delle forme di alienazione e di rinunzia disciplinate dal diritto privato. Si può dunque argomentare *a fortori*: quando un certo tipo di diritti (come quelli patrimoniali) può essere oggetto di valida trasmissione o rinunzia, non sarà dubbia la disponibilità ai fini penali. Non è vero, invece, il contrario: essendo disponibili diritti intrasmissibili e irrinunciabili, come l'onore.

Talvolta il problema è troncato da una norma penale. Così, se un fatto è incriminato malgrado il consenso di un dato soggetto, quest'ultimo è manifestamente portatore di un interesse indisponibile: così ad esempio l'art. 579 (omicidio del consenziente), art. 552 (procurata impotenza alla procreazione), art. 573 (sottrazione consensuale di minorenni), art. 546 (aborto di donna consenziente).

Non ha invece valore assoluto il criterio che può trarsi dalla distinzione tra reati punibili d'ufficio e reati punibili a querela di parte: si è visto che l'istituto della querela, permettendo all'offeso di influire sulle conseguenze penali di un reato perfetto nei suoi estremi, si differenzia nettamente dal consenso.

Diritti disponibili

Comunemente si ritengono disponibili i beni che non presentano una immediata utilità sociale e che lo Stato riconosce esclusivamente per garantirne al singolo il libero godimento. In applicazione di questo criterio-guida, si annoverano tra i diritti disponibili innanzitutto i diritti patrimoniali, purché non si eccedano i limiti stabiliti dalla legge (cfr. l'art. 423[2]). Di solito vengono ricondotti all'area dei diritti disponibili anche gli *attributi della personalità*: onore, libertà morale e personale, libertà sessuale, libertà di domicilio; ed alcuni diritti della personalità, come il diritto morale d'autore. Ma si puntualizza che il consenso, per essere efficace, deve avere ad oggetto lesioni circoscritte, le quali non comportino il totale sacrificio dei beni predetti e che non deve, comunque, trattarsi di atti

di disposizione contrari alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico.

In proposito è comunque da osservare che i limiti del consenso scriminante sono influenzati dall'evoluzione dei valori socio-culturali e soprattutto dal tipo di rapporto che storicamente si instaura tra l'esigenza di dare ampio spazio alla libertà individuale e l'esigenza, contrapposta, di limitare questa libertà per il soddisfacimento di interessi collettivo-solidaristici.

Integrità fisica

Rispetto al bene dell'*integrità fisica*, è opinione dominante che la portata del consenso scriminante vada determinata innanzitutto assumendo come parametro di riferimento l'art. 5 c.c., secondo il quale gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando: 1) cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica stessa; 2) ovvero, siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume[9].

Diritti indisponibili

Indisponibili comunemente si considerano, invece, tutti gli interessi che fanno capo allo Stato, agli enti pubblici e alla famiglia[10]. Secondo una pressoché costante giurisprudenza, il consenso è privo di efficacia scriminante anche nell'ambito dei reati contro la fede pubblica[11], nonché rispetto ai delitti di usura, di frode in commercio[12] e di false comunicazioni sociali.

---

[9] Per approfondimenti v. C. MIGLIO, *Diritto civile*, I, Latina, 2009, 275 ss.

[10] Tutelati, quanto ai beni facenti capo allo Stato e alla collettività indifferenziata, dai delitti contro la personalità dello Stato, la p.a., l'amministrazione della giustizia, l'ordine pubblico, la fede pubblica, il buon costume, il patrimonio artistico e paesaggistico), o, quanto alla famiglia, dai delitti contro la famiglia.

[11] Si pensi ai reati di falso materiale e alla questione del c.d. falso materiale documentale consentito. Questa fattispecie si configura quando un soggetto abilitato a redigere o sottoscrivere un atto, consente ad un altro di apporre la forma in sua vece. In questo caso si è detto che chi appone la firma al posto del soggetto che poteva legittimamente apporla non può invocare a suo favore la scriminante del consenso perché i reati di falso tutelano la pubblica fede, cioè la fiducia collettiva. Se la giurisprudenza, in tal caso, chiude le porte al consenso, la dottrina invece invoca la scriminante del consenso circoscrivendone però la portata alle sole scritture private. Secondo questa dottrina la sottoscrizione che viene apposta su di un atto pubblico, che fa fede fino a querela di falso e ha pertanto una funzione necessariamente pubblicistica, lede una situazione di interesse generale di cui non si può disporre. Nella scrittura privata, invece, si fa una distinzione a seconda che la sua genuinità rilevi per interessi ulteriori rispetto a quelli privatistici, sussistendo solo in questo caso il reato (ad es., non rileva il consenso nel falso in cambiale, essendo la genuinità di quest'ultima a presidio anche dei successivi prenditori). Altri autori ritengono che ai fini della paternità

(11) ***Il consenso nei reati colposi*** **–** Discussa è la rilevanza scriminante del consenso con riguardo ai reati colposi.

La prevalente giurisprudenza ne rimarca l'inefficacia sul rilievo dell'indisponibilità dei beni della vita e dell'integrità fisica (normalmente presidiati con l'incriminazione di fattispecie colpose), ovviamente al di là dei limiti stabiliti dall'art. 5 c.c., nonché evidenziando la ritenuta incompatibilità tra il consenso concepito come volontà di lesione e il carattere "involontario" del fatto colposo. Si è precisato che, anche nei casi in cui taluno abbia consapevolmente affrontato, d'accordo con altri, un'attività altamente pericolosa da cui sia derivata la sua morte o una sua lesione, deve restare ferma l'inapplicabilità dell'esimente in questione[13]. Si sottolinea l'incompatibilità strutturale tra la colpa ed il consenso sul rilievo per cui questo deve investire il fatto previsto dalla legge come reato e quindi anche l'evento dannoso o pericoloso: si evidenzia, nel detta-

---

dell'atto decisiva non sia la sua materiale compilazione ma che provenga intellettualmente dal soggetto legittimato ad apparirne come autore reale. In altre parole, autore non è colui che materialmente forma l'atto, ma colui che assume il ruolo di garante della dichiarazione ivi contenuta. Un terzo orientamento sostiene che colui che sottoscrive non commette reato di falso, per mancanza dell'elemento soggettivo, poiché agisce senza l'intenzione di offendere la pubblica fede, di fatto mancherebbe la consapevolezza dell'antigiuridicità del proprio comportamento. Nell'ambito dei reati di falso infatti il dolo si caratterizza non sol per la coscienza e volontà dell'*immutatio veri*, ma anche per la coscienza e volontà di offen-dere la pubblica fede. La coscienza e volontà di recare offesa alla fede pubblica non sussiste se chi sottoscrive l'atto sa che questo è correttamente formato secondo la vo-lontà del soggetto legittimato a formarlo. La giurisprudenza prevalente ritiene invece che il dolo dei delitti di falso prescinde dalla consapevolezza dell'antigiuridicità del falso (tale questione è il riflesso applicativo di una questione più ampia: se oggetto del dolo oltre che gli elementi costitutivi del reato debba essere anche l'offesa al bene giuridico protetto).

[12] Un altro reato rispetto al quale assume rilevanza la portata del consenso è quello di frode nell'esercizio del commercio (art. 515). La norma fa riferimento al commer-ciante che vende una cosa di qualità inferiore o diversa da quella promessa in vendita. Questa norma è posta a tutela del corretto e leale esercizio del commercio, bene collettivo e non individuale, sicché, ritiene la giurisprudenza costante, colui che riceve il bene e accorgendosi che è diverso non lo fa rilevare a chi glielo consegna e lo accetta non presta un consenso scriminante, trattandosi di bene indisponibile. Pertanto, il soggetto che lo ha venduto risponderà comunque del reato in questione.

[13] È stato giudicato, per es., sussistente il reato nel fatto commesso da soggetto che, ospitata su un natante particolarmente instabile una persona inesperta di voga e di nuoto, l'aveva condotta, senza precauzioni e di notte, al largo di un lago ove poi la stessa persona era annegata. Cass. 10 aprile 1953, in *Giust. pen.,* 1953, II, 815.

glio, che consentire una condotta dalla quale l'evento in seguito deriverà non equivale a consentire pure la lesione del diritto.

Può, invero, verificarsi che il soggetto titolare del bene si mostri disposto anche ad affrontare il rischio di un accadimento lesivo entro i limiti, tuttavia, in cui il rischio stesso è consentito dall'ordinamento. In tali casi la scriminante *ex* art. 50 ha un definito campo di applicazione operando esclusivamente in ordine a quelle condotte che si realizzano nei limiti segnati dalle norme cautelari (scritte o non scritte) volte a disciplinare l'attività pericolosa.

Può tuttavia anche darsi che il consenso dell'interessato sia finalizzato proprio ad autorizzare l'agente a porre in essere violazioni delle norme cautelari prescritte per l'esercizio di attività intrinsecamente pericolose, il titolare assumendo il rischio della verificazione di un evento dannoso; nel qual caso, l'efficacia del consenso quale scriminante potrebbe semmai essere ammessa a condizione che il bene esposto alla possibile lesione sia realmente disponibile e sempre che il titolare del diritto sia stato preventivamente informato o si sia reso conto dell'entità del possibile evento lesivo e dell'indice di probabilità della sua materializzazione.

Confine insormontabile rimarrebbe comunque il contenuto dell'art. 5, essendo inaccettabili lesioni al di là dei limiti segnati dall'ordinamento.