

18864-19



DEPOSITO

REPUBBLICA ITALIANA
In nome del Popolo Italiano
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
TERZA SEZIONE PENALE

6 MAG 2019

[Handwritten signature]

ACR
495

Composta da

Giulio Sarno	- Presidente -	Sent. n. sez. <i>495</i>
Aldo Aceto		UP - 22/02/2019
Antonio Corbo	- Relatore	R.G.N. 36782/2018
Giuseppe Noviello		
Ubalda Macri		

In caso di diffusione del

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da
Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Torino

nel procedimento nei confronti di
[REDACTED], nato a **[REDACTED]** il **[REDACTED]**

avverso la sentenza in data 19/04/2018 della Corte d'appello di Torino

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;
udita la relazione svolta dal consigliere Antonio Corbo;
udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto procuratore generale Felicetta Marinelli, che ha concluso per l'annullamento con rinvio;
udito, per il ricorrente, l'avvocato **[REDACTED]** che ha chiesto dichiararsi l'inammissibilità o comunque rigettarsi il ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. Con sentenza emessa in data 19 aprile 2018, la Corte d'appello di Torino, in riforma della sentenza di condanna pronunciata dal Tribunale di Novara, ha

[Vertical stamp and handwritten notes]

[Handwritten signature]

assolto [redacted], perché i fatti non costituiscono reato, dalle accuse relative a violenze sessuali commesse in danno di tre pazienti, agendo nella qualità di incaricato di pubblico servizio nell'esercizio delle sue funzioni il 21 gennaio 2013, il 21 agosto 2013 ed il 28 agosto 2013.

Secondo la contestazione, l'imputato avrebbe approfittato della sua qualità di medico ginecologo, e nel contesto di una visita ginecologica, per operare atti di masturbazione su tre donne - [redacted] [redacted], e [redacted] - attraverso stimolazione vaginale con le proprie dita.

2. Ha presentato ricorso per cassazione avverso l'ordinanza indicata in epigrafe il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Torino, articolando un unico motivo, con il quale denuncia violazione di legge, in riferimento all'art. 609-bis cod. pen., nonché vizio di motivazione, a norma dell'art. 606, comma 1, lett. b) ed e), cod. proc. pen., avendo riguardo alla ritenuta non configurabilità del reato di violenza sessuale in danno delle tre persone offese.

Si deduce che erroneamente la sentenza impugnata ha ritenuto i fatti in contestazione «espressione di un agire colposo», essendo ragionevole la prospettazione secondo cui l'imputato avrebbe «agito con la sola consapevolezza e volontà di curare i e pazienti, ritenendo che il loro consenso alla particolare manovra fosse implicito o, addirittura, non necessario perché l'atto era dovuto».

Si premette che le dichiarazioni delle persone offese sono state ritenute attendibili dalla Corte d'appello, e che, anzi, questa, anche alla luce della relazione dei consulenti tecnici della difesa, ha riconosciuto come le attività compiute dall'imputato abbiano superato i limiti delle prestazioni richieste e comunque obiettivamente consentite. Si rappresenta, poi, che contraddittoriamente ed illogicamente, la sentenza impugnata, dopo aver ammesso la necessità di un preventivo chiarimento da parte dell'imputato in ordine alle modalità dell'indagine, anche per consentire alle pazienti di evitare interferenze nell'esercizio della loro libertà di autodeterminazione sessuale, e la natura "a sorpresa" del comportamento posto in essere ha escluso il dolo perché «non vi sono le prove dell'incitamento delle donne a provare piacere, di impulsi sessuali del ginecologo

durante i contatti, del fine di libidine». Si segnala, innanzitutto, che le persone offese, nelle loro dichiarazioni, pur ritenute attendibili, avevano evidenziato un preciso atteggiamento «morboso» dell'imputato mentre commetteva i fatti in contestazione. Si aggiunge, inoltre, che, secondo la consolidata giurisprudenza, ai fini della configurabilità del reato di violenza sessuale, non è necessario il fine libidinoso, o di soddisfacimento sessuale dell'agente (si cita Sez. 3, n. 3648 del 03/10/2017, dep 2018) ma è

sufficiente il dolo generico di compiere un atto invasivo della libertà sessuale di persona non consenziente (si citano Sez. 3, n. 20754 del 17/04/2013 e Sez. 3, n. 49597 del 09/03/2016). Si conclude che anche l'affermazione secondo cui l'imputato avrebbe «agito con la sola consapevolezza e volontà di curare le pazienti» è errata ed illogica perché la manovra compiuta, tra l'altro, era «non richiesta dalla diagnosi della malattia, non evidenziata dalla certificazione rilasciata dall'imputato [...]».

3. Nell'interesse dell'imputato, l'avvocato [REDACTED] ha presentato memoria nella quale si chiede dichiararsi l'inammissibilità o, in subordine, rigettarsi il ricorso.

Si rappresenta, innanzitutto, che, secondo la stessa giurisprudenza di legittimità citata dal ricorrente, vi può essere un dubbio sulla ricorrenza di un valido elemento soggettivo in presenza di un atto sessuale (il riferimento è a Sez. 3, n. 49597 del 09/03/2016). Si segnala, poi, che la sentenza impugnata non ha escluso il dolo solo in ragione della mancata prova del fine di libidine, avendo anzi affermato anch'essa «l'irrelevanza dell'eventuale fine dell'agente», ma anche «a seguito di attenta valutazione del particolare contesto in cui si sono svolti i singoli fatti», unitamente «alla specifica professionalità del [REDACTED]». Si sottolinea, inoltre, che l'esclusione del dolo in funzione non semplicemente del difetto del fine di libidine, ma anche della specifica professionalità dell'imputato è desumibile dai richiami, in sentenza, al *curriculum* professionale del medesimo, nonché alla durata ed alla accuratezza della visita, ed all'osservazione secondo cui la stimolazione del clitoride è una «modalità corretta», pur con limiti di durata. Si osserva, ancora, che il giudizio affermativo dell'attendibilità delle dichiarazioni delle persone offese non è contraddittorio con la soluzione adottata, in quanto dal racconto delle tre donne non si evince la prova che nell'imputato vi fosse l'effettiva coscienza e volontà di compiere un atto tale da porre in pericolo la libera autodeterminazione delle stesse, invece che la volontà di fronteggiare un'esigenza di cura delle pazienti. Si rileva, infine, che, secondo la giurisprudenza di legittimità, attingere zone normalmente ritenute erogene non significa automaticamente integrare una fattispecie di violenza sessuale, indipendentemente dal complessivo contesto in cui si colloca il fatto (si cita Sez. 3, n. 24683 del 11/06/2015).

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è fondato e deve essere accolto per le ragioni di seguito precisate.

2. Ai fini della decisione, in considerazione dei motivi proposti, è necessario esaminare le questioni concernenti la necessità del fine di libidine per la configurabilità del reato di violenza sessuale e i limiti alla necessità del consenso per la liceità del compimento di atti invasivi della libertà sessuale di una persona nello svolgimento di attività medica.

3. Per quanto attiene al tema della necessità del fine di libidine per la integrazione del reato di violenza sessuale, la giurisprudenza risulta approdata a soluzioni consolidate.

Costituisce, infatti, insegnamento costantemente ribadito quello secondo cui, ai fini dell'integrazione dell'elemento soggettivo del reato di violenza sessuale, non è necessario che la condotta sia specificamente finalizzata al soddisfacimento del piacere sessuale dell'agente, essendo sufficiente che questi sia consapevole della natura oggettivamente "sessuale" dell'atto posto in essere volontariamente, ossia della sua idoneità a soddisfare il piacere sessuale o a suscitargli lo stimolo, a prescindere dallo scopo perseguito (così, tra le tante: Sez. 3, n. 3648 del 03/10/2017, dep. 2018, T., Rv. 272449-01; Sez. 3, n. 21020 del 28/10/2014, dep. 2015, C., Rv. 263738-01; Sez. 3, n. 20754 del 17/04/2013, S., Rv. 255907-01).

Il Collegio condivide questo orientamento, in relazione al quale non sono offerte specifiche ragioni per dissentire, osservando, in particolare, che il testo dell'art. 609-*bis* cod. pen. non richiede alcuna specifica finalità dell'agente.

4. Problema distinto è quello concernente i limiti alla necessità del consenso per la liceità del compimento di atti invasivi della libertà sessuale di una persona nello svolgimento di attività medica.

4.1. È utile premettere, in linea generale, che, secondo l'orientamento ampiamente prevalente della giurisprudenza, citato anche nel ricorso, ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo del reato di violenza sessuale, è sufficiente che l'agente abbia la consapevolezza dell'assenza di una chiara manifestazione del consenso da parte del soggetto passivo al compimento degli atti sessuali a suo carico, con conseguente irrilevanza dell'eventuale errore sull'espressione del dissenso anche ove questo non sia stato esplicitato, potendo semmai fondarsi il dubbio sulla ricorrenza di un valido elemento soggettivo solamente nel caso in cui l'errore si fondi sul contenuto espressivo, in ipotesi equivoco, di precise e positive manifestazioni di volontà promananti dalla parte offesa (cfr., tra le tante, Sez. 3, n. 49597 del 09/03/2016, S., Rv. 268186-01, e Sez. 3, n. 22127 del 23/06/2016, dep. 2017, S. Rv. 270500-01).

Addirittura, non mancano decisioni per le quali l'esimente putativa del consenso dell'avente diritto non è configurabile nel delitto di violenza sessuale, in quanto la mancanza del consenso costituisce requisito esplicito della fattispecie e l'errore sul dissenso si sostanzia, pertanto, in un errore inescusabile sulla legge penale (così Sez. 3, n. 2400 del 05/10/2017, dep. 2018, S., Rv. 272074-01, e Sez. 3, n. 17210 del 10/03/2011, I., Rv. 250141-01).

4.2. Il tema, peraltro, richiede una specifica attenzione per l'ipotesi di atti sessuali compiuti nello svolgimento di attività medica, posto che l'esercizio di questa è, in linea generale, giuridicamente autorizzato nell'interesse pubblico (cfr., in argomento, per tutte, Sez. U, n. 2437 del 18/12/2008, dep. 2009, Giulini, Rv. 241752-01, in motivazione, spec. § 4).

4.2.1. Nella giurisprudenza penale di legittimità si è più volte affermato che deve essere esclusa la possibilità di accertamenti e trattamenti sanitari contro la volontà del paziente, se questi è in grado di prestare il suo consenso e non ricorrono i presupposti dello stato di necessità, in forza di quanto previsto dagli artt. 32 e 13 Cost. e dell'art. 33 legge n. 833 del 1978 (cfr., in questo senso, specificamente, Sez. 4, n. 16375 del 23/01/2008, Di Domenica, Rv. 239806-01, nonché Sez. 4, n. 11335 del 16/01/2008, Huscer, Rv. 238968-01, anche per ulteriori citazioni).

Si è precisato, in particolare, che al medico non è attribuibile un generale diritto a curare a prescindere dalla volontà dell'ammalato, salvo il caso di sussistenza delle condizioni dello stato di necessità, perché «la legittimità di per sé dell'attività medica richiede per la sua validità e concreta liceità, in principio, la manifestazione del consenso del paziente, il quale costituisce un presupposto di liceità del trattamento medico chirurgico», in quanto l'atto di assenso «afferisce alla libertà morale del soggetto ed alla sua autodeterminazione, nonché alla sua libertà fisica intesa diritto al rispetto della propria integrità corporea, le quali sono tutte profili della libertà personale proclamata inviolabile dall'art. 13 Cost.» (così Sez. 4, n. 11335 del 2008, Huscer, cit.). Nella medesima prospettiva, si pone anche un'ulteriore decisione, secondo la quale, in presenza di una manifestazione una manifestazione di volontà esplicitamente contraria all'intervento terapeutico, l'atto, asseritamente terapeutico, costituisce un'indebita violazione non solo della libertà di autodeterminazione del paziente, ma anche della sua integrità (cfr. Sez. 4, n. 34521 del 26/05/2010, Huscher, Rv. 249817-01); questa pronuncia, inoltre, ha sì escluso la configurabilità del reato di lesioni volontarie per un intervento chirurgico eseguito nonostante il dissenso del paziente, ma richiedendo, tra gli altri, il presupposto della esistenza di un pericolo grave ed attuale per la vita o la salute di quest'ultimo.

Il principio sulla necessità del consenso del paziente, nell'esplicazione dell'attività medico-chirurgica trova conferma anche nella giurisprudenza delle Sezioni Unite, e precisamente in Sez. U, n. 2437 del 18/12/2008, dep. 2009, Giulini, Rv. 241752-01.


Questa decisione, infatti, sebbene abbia escluso la configurabilità dei reati di lesione personale volontaria e di violenza privata in relazione alla condotta del medico che sottopone il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, quando l'intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis*, si sia concluso con esito fausto, ha però premesso, in linea generale, «la sicura illiceità, anche penale, della condotta del medico che abbia operato *in corpore vili* "contro" la volontà del paziente, direttamente o indirettamente manifestata, e ciò a prescindere dall'esito, fausto o infausto, del trattamento sanitario praticato, trattandosi di condotta che quanto meno realizza una illegittima coazione

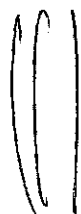
dell'altrui volere» (cfr., in motivazione, § 6). A fondamento di tali conclusioni, in particolare, si è richiamata sia l'elaborazione della giurisprudenza costituzionale (in particolare, Corte cost., sent. n. 438 del 2008), sia la disciplina dei più recenti codici deontologici approvati dal Consiglio Nazionale della Federazione Italiana degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri, a partire da quello del 3 ottobre 1998.

4.2.2. Del tutto in linea con la giurisprudenza penale in ordine alla necessità del consenso informato del paziente per il compimento delle attività mediche, sono anche la giurisprudenza costituzionale e quella civile e la disciplina deontologica.

Per quanto attiene alla giurisprudenza costituzionale, è utile fare riferimento alla fondamentale decisione Corte cost., sent. n. 438 del 2008, richiamata dalle Sezioni Unite. Secondo la sentenza appena citata del Giudice delle Leggi, il «consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che "la libertà personale è inviolabile", e che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge"». Sempre ad avviso di questa sentenza, il consenso informato presenta una funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: «quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché

delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio per garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione. Discende da ciò che il consenso informato deve essere considerato un principio fondamentale in materia di tutela della salute, la cui conformazione è rimessa alla legislazione statale». Si può aggiungere che i principi appena indicati, successivamente, non solo non risultano superati, ma sono stati richiamati anche da Corte cost., sent. n. 253 del 2009.

 Nella giurisprudenza civile, poi, si è affermato che, in tema di responsabilità sanitaria, l'omessa acquisizione del consenso informato preventivo al trattamento sanitario - fuori dai casi in cui lo stesso debba essere praticato in via d'urgenza e il paziente non sia in grado di manifestare la propria volontà determina la lesione in sé della libera determinazione del paziente, quale valore costituzionalmente protetto dagli artt. 32 e 13 Cost., quest'ultimo ricomprendente la libertà di decidere in ordine alla propria salute ed al proprio corpo, a prescindere quindi dalla presenza di conseguenze negative sul piano della salute, e dà luogo ad un danno non patrimoniale autonomamente risarcibile, ai sensi dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ. (cfr., per tutte, Sez. 3 civ., n. 17022 del 28/06/2018, Rv. 649442-01). In termini ancor più generali, del resto, si è anche rilevato che il diritto al consenso informato del paziente, in quanto diritto irretrattabile della persona, va comunque e sempre rispettato dal sanitario, a meno che non ricorrano casi di urgenza, rinvenuti a seguito di un intervento concordato e programmato, per il quale sia stato richiesto ed ottenuto il consenso, e tali da porre in gravissimo pericolo la vita della persona - bene che riceve e si correda di una tutela primaria nella scala dei valori giuridici a fondamento dell'ordine giuridico e del vivere civile -, o si tratti di trattamento sanitario obbligatorio; tale consenso è talmente inderogabile che non assume alcuna rilevanza, al fine di escluderlo, il fatto che l'intervento *absque pactis* sia stato effettuato in modo tecnicamente corretto, per la semplice ragione che, a causa del totale *deficit* di informazione, il paziente non è posto in condizione di assentire al trattamento, consumandosi nei suoi confronti, comunque, una lesione di quella dignità che connota l'esistenza nei momenti cruciali della sofferenza fisica e/o psichica (Sez. 3 civ., n. 16543 del 28/07/2011, Rv. 619495-01).

 Con riferimento alla disciplina deontologica, ancora, va rilevato che i tre più recenti codici approvati dal Consiglio Nazionale della Federazione Italiana degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri stabiliscono che il medico non debba intraprendere alcuna attività diagnostica o terapeutica senza l'acquisizione del

consenso informato del paziente: in questo senso, precisamente, dispongono sia l'art. 32 del codice approvato il 3 ottobre 1998, sia l'art. 35 del codice approvato il 16 dicembre 2006, sia l'art. 35 del codice approvato il 18 maggio 2014. In particolare, secondo l'art. 35 del codice approvato il 16 dicembre 2006, vigente all'epoca dei fatti, commessi tra il gennaio e l'agosto 2013, il «medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente», e, «in presenza di un documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona». Anche l'art. 35 del codice approvato il 18 maggio 2014 prevede: «L'acquisizione del consenso o del dissenso è un atto di specifica ed esclusiva competenza del medico, non delegabile. Il medico non intraprende né prosegue in procedure diagnostiche e/o interventi terapeutici senza la preliminare acquisizione del consenso informato o in presenza di dissenso informato. [...]».

4.2.3. In sintesi, alla luce dei principi costituzionali di cui agli artt. 13 e 32 Cost., di quello di cui all'art. 33 legge n. 833 del 1978, e dei principi deontologici della professione medica, anche in considerazione dell'elaborazione della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, deve ritenersi esclusa la possibilità di accertamenti e trattamenti sanitari contro la volontà del paziente, se questi è in grado di prestare il suo consenso e non ricorrono i presupposti dello stato di necessità.

Di conseguenza, così come espressamente puntualizzato dai principi deontologici della professione medica, l'attività diagnostica o terapeutica del sanitario in tanto è legittimamente e lecitamente esercitata in quanto vi è stata «l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente», salvo che non sussista uno stato di necessità; la medesima attività, inoltre, non può essere proseguita in caso di dissenso del paziente, ove il medesimo sia capace di intendere e di volere.

4.3. Le precedenti considerazioni – concernenti, da un lato, il mancato consenso come elemento costitutivo del reato di violenza sessuale e, dall'altro, i presupposti di liceità dell'esercizio di attività medica nell'ambito diagnostico e terapeutico – consentono di raggiungere un approdo utile a definire se, e a quali condizioni, lo svolgimento della professione sanitaria, pur consistendo nel compimento di atti invasivi della libertà sessuale del paziente, costituisce un limite alla configurabilità della fattispecie di cui all'art. 609-bis cod. pen.

4.3.1. Deve richiamarsi, innanzitutto, il principio generale secondo cui, per la configurabilità del reato di violenza sessuale, non occorre un espresso dissenso della vittima. Invero, come già evidenziato in precedenza, ai fini della

sussistenza dell'elemento psicologico del delitto di cui all'art. 609-*bis* cod. pen., è sufficiente la consapevolezza, nell'agente, dell'assenza di una chiara manifestazione del consenso da parte del soggetto passivo al compimento degli atti sessuali a suo carico, tanto che, in relazione a tale fattispecie, il dubbio sulla ricorrenza di un valido elemento soggettivo è configurabile solo nel caso in cui l'errore si fondi sul contenuto espressivo, in ipotesi equivoco, di precise e positive manifestazioni di volontà promananti dalla parte offesa.

Si è rilevato, poi, che l'attività diagnostica o terapeutica del medico è legittimamente e lecitamente esercitata solo se vi è stata «l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente», e non può essere proseguita in caso di dissenso del paziente, ove questi sia capace di intendere e di volere.

Poste queste premesse, risulta inferibile che il medico, nell'esercizio di attività diagnostica o terapeutica, può lecitamente compiere atti incidenti sulla sfera della libertà sessuale di un paziente solo se abbia acquisito un consenso esplicito ed informato dallo stesso, o se sussistano i presupposti dello stato di necessità, e, inoltre, che il professionista deve immediatamente fermarsi in caso di dissenso del paziente.

4.3.2. Muovendo dalla conclusione appena indicata, sembra ragionevole trarre ulteriori conseguenze avendo riguardo al profilo della colpevolezza.

Se, infatti, la liceità della condotta del medico, anche in relazione al compimento di atti incidenti sulla libertà sessuale del paziente, dipende dalla sussistenza di presupposti normativamente richiesti, appare corretto osservare che la regola concernente la necessità di acquisire il consenso del paziente integra uno di questi presupposti, e, precisamente, è elemento che concorre a formare la fattispecie normativa che rende giuridicamente "consentito" il suo comportamento. Di conseguenza, la regola sulla necessaria acquisizione del consenso del paziente si configura come requisito costitutivo di una causa di giustificazione che rende giuridicamente "consentito" un comportamento altrimenti integrante il reato di violenza sessuale.

Questa conclusione comporta significative conseguenze in tema di rilevanza dell'errore del medico in relazione alla regola concernente la necessità di acquisire il consenso del paziente.

Invero, il medico non può addurre, come causa di esclusione del dolo in relazione alla propria condotta conforme alla fattispecie incriminatrice di cui all'art. 609-*bis* cod. pen., l'ignoranza o il dubbio sulla necessità o meno di acquisire il consenso esplicito ed informato del paziente, ove sia possibile richiederlo, e non sussistano i presupposti dello stato di necessità. L'ignoranza o il dubbio appena indicati, infatti, in quanto incidenti su un elemento costitutivo della fattispecie normativa fondante una causa di giustificazione, si traducono in

un errore su legge penale, a norma dell'art. 5 cod. pen., e non invece in un errore sul fatto concretamente realizzato: il medico, che compie atti incidenti sulla sfera della libertà sessuale di un paziente senza acquisirne il consenso perché ritiene insussistente un obbligo normativo in tal senso, agisce comunque con la coscienza e volontà di far «subire atti sessuali» ad una persona in difetto dell'assenso della stessa, e, quindi, di realizzare un fatto conforme a quello previsto dall'art. 609-bis cod. pen. Di conseguenza, l'ignoranza o il dubbio sulla necessità o meno di acquisire il consenso esplicito ed informato del paziente, ove sia possibile richiederlo, e non sussistano i presupposti dello stato di necessità, escludono la colpevolezza solo in caso di inevitabilità, così come indicato da Corte cost., sent. n. 364 del 1988.

Il medico, piuttosto, può addurre, come causa di esclusione del dolo in relazione alla propria condotta conforme ad una fattispecie incriminatrice, l'errore concernente la sussistenza, in concreto, di un valido consenso del paziente, perché questo costituisce errore sul fatto rilevante a norma dell'art. 59, quarto comma, cod. pen.

La conclusione dell'irrilevanza dell'errore su legge extrapenale invocata a presupposto della configurabilità di una causa di giustificazione, salvo il limite di ignoranza inevitabile, si può aggiungere, trova conferma nelle pur risalenti decisioni di legittimità che hanno esaminato la questione.

Secondo una pronuncia, infatti, l'errore del pubblico ufficiale su una norma di diritto amministrativo in ordine alla facoltà di disposizione di pubblico denaro non può assumere alcuna efficacia scriminante, perché essa deve intendersi richiamata dalla norma penale, della quale integra il contenuto, con la conseguenza che l'illegittimità della destinazione del denaro, anche se imputabile ad ignoranza dell'agente sui limiti dei propri poteri, non si risolve in un errore di fatto su legge diversa da quella penale, ma costituisce errore o ignoranza della legge penale e, come tale, non vale ad escludere l'elemento soggettivo del reato di peculato (Sez. 6, n. 10458 del 30/06/1994, Diene, Rv. 200162-01, la quale ha anche escluso, nella specie, una situazione di ignoranza inescusabile a norma dell'art. 5 cod. pen., nel testo vigente per effetto della sentenza Corte cost. n. 364 del 1988, osservando che, a tal fine, occorre un comportamento degli organi amministrativi o un complessivo pacifico orientamento giurisprudenziale da cui trarre il convincimento della correttezza dell'interpretazione e, di conseguenza, della liceità del comportamento tenuto). Altra decisione, poi, con riferimento alle cause di giustificazione di cui agli artt. 51 e 53 cod. pen., ha escluso la possibilità di invocare l'errore su norme extrapenali con riferimento ai limiti delle competenze istituzionali e all'uso delle armi, trattandosi di norme integrative dei precetti penali che non possono essere ignorate (Sez. 1, n. 5527 del

28/01/1991, Caporaso, Rv. 187589-01, la quale ha anche escluso, nella specie, una situazione di ignoranza inescusabile a norma dell'art. 5 cod. pen., nel testo vigente per effetto della sentenza Corte cost. n. 364 del 1988, osservando, tra l'altro, che la normativa al riguardo non ha formato oggetto di incertezze giurisprudenziali rilevanti o di altri contrasti in sede di applicazione).

5. La sentenza impugnata ha ricostruito analiticamente i fatti in contestazione, giungendo alla conclusione che tutti i e tre «integrino la condotta oggettiva del delitto di cui all'art. 609 *bis* c.p.», e che, però, «difetta la prova oltre ogni ragionevole dubbio dell'elemento soggettivo» richiesto dalla disciplina incriminatrice.

5.1. Per quanto attiene all'elemento oggettivo, la sentenza impugnata premette: «emerge, con assoluta certezza, che nelle tre visite il medico ginecologo ha toccato insistentemente una parte del corpo (il clitoride - la vagina) che sono zone erogene, senza preparare le pazienti e senza acquisire il preventivo consenso dell'interessata».

In particolare, si rappresenta che l'imputato, secondo il racconto di [redacted], aveva proceduto «una visita non richiesta», secondo le dichiarazioni di [redacted], «aveva inserito due dita nella vagina, muovendole come in un rapporto sessuale», e, secondo la narrazione di [redacted], «aveva toccato il clitoride per qualche secondo, cercando di stimolarlo». Si aggiunge, poi, che tutte e tre le donne «hanno descritto in maniera chiara i movimenti operati, che, anche per le esperienze personali, non erano equivocabili».

Si segnala, a questo punto, che «dalla attenta lettura delle dichiarazioni rese dai ct di parte [il professor [redacted] ed il dottor [redacted]] emerge, tuttavia anche la necessità della preventiva informazione quando sorga l'esigenza di approfondire, in presenza di una determinata sintomatologia, con un "certo tipo di visita"». Si evidenzia, inoltre, che il professor [redacted] ha precisato che egli si sarebbe astenuto dal procedere nel caso in cui la paziente si fosse opposta, mentre il dottor [redacted], pur affermando la non necessità di un consenso formale, ha ammesso che egli avrebbe preventivamente spiegato alla paziente perché avrebbe toccato alcune «zone particolari». Si conclude che il preventivo chiarimento sulle manovre da effettuare era necessario, come anche il consenso sia pure implicito: «In carenza del preventivo chiarimento, e del conseguente anche solo implicito consenso dell'interessata, difetta il presupposto per ritenere legittimo, e privo di valenza sessuale, il movimento che genera il particolare contatto con la zona erogena, anche quando lo stesso sia riconducibile all'anamnesi».

A71

Si osserva, quindi, che: a) nel caso di [REDACTED], la palpazione del clitoride è stata simultaneamente rappresentata ed attuata, sicché «la paziente è stata colta di sorpresa»; b) nel caso di [REDACTED] la donna si era recata dal medico solo per un'ecografia; c) nel caso di [REDACTED], la visita è stata non richiesta, ed il «movimento all'interno della vagina» ha dato luogo ad una situazione che «ha determinato il grave imbarazzo riferito dalla giovane, è stata talmente improvvisa da non rendere possibile un'immediata reazione» e si è giovata dell'inesperienza della donna, alla sua prima esperienza di visita ginecologica.

Si conclude che, «in tutti e tre i casi oggetto dei capi a-b-c le modalità con cui ha proceduto il dott. [REDACTED] (contatto con la zona erogena eseguito in maniera repentina, senza la dovuta preparazione ed il preventivo consenso, anche solo implicito), tenuto conto del particolare contesto avulso dalla richiesta di una consulenza sessuale, ha costretto ciascuna paziente a subire un atto che ha inciso sulla libertà di autodeterminazione sessuale, ed ai fini della configurabilità del reato è sufficiente il pericolo di ledere il bene tutelato». Ad ulteriore specificazione, si aggiunge: «La breve durata del contatto, in tutti e tre i casi, non è incompatibile con la concreta lesione del bene tutelato, che si è oggettivamente verificata per le sensazioni procurate».

5.2. Per quanto concerne l'elemento soggettivo, la sentenza impugnata rileva l'esistenza di un ragionevole dubbio.

Invero, dopo la premessa circa la necessità del dolo generico, inteso come «coscienza e volontà della propria condotta e del pericolo di attentare alla libertà sessuale per l'illegittimità dell'atto», si segnala che gli indici fattuali da cui è stato desunto il dolo non sono pienamente convincenti.

Si rappresenta, in particolare, che: a) l'imputato è un medico specialista in ginecologia ed ostetricia, con esperienze di insegnamento presso l'Università di [REDACTED]; b) nell'ambito di una visita ginecologica completa, secondo i consulenti della difesa «l'eccitamento del clitoride può dare indicazione e quando non si dispone dello specifico apparecchio, vi sono varie tecniche, tra cui il tocco manuale» e, comunque, «è una modalità corretta, e non è normale solo "se dura due minuti"»; c) per quanto concerne la visita nei confronti di [REDACTED] «non emerge, in realtà, un vero e proprio eccitamento a raggiungere l'orgasmo ma piuttosto la richiesta del medico di avvertirlo sulla reazione alla stimolazione (palpazione)», ed inoltre il tempo di durata riferita della stimolazione pari a «due minuti», «non è sicuro», per l'impossibilità di una obiettiva misurazione e per il significato di generica brevità attribuito, nel linguaggio comune, a tale locuzione; d) per quanto attiene alla visita nei confronti di [REDACTED], «l'asserito incitamento» dovrebbe «essere inteso piuttosto come richiesta di collaborazione

rivolta alla paziente per verificare la sensibilità dell'organo durante la manovra, attuata senza adeguata preparazione», la necessità di una visita era stata desunta dal ricorrente dalla cartella clinica, il medico, secondo le dichiarazioni della donna, aveva «smesso appena la giovane gli aveva riferito che non vi era stata una reazione, dopo circa un minuto», ed il rossore sul viso dell'imputato «non è sicuro indice dell'impulso sessuale», considerando «l'uso dei guanti durante tutto il tempo, la brevità della manovra e l'immediata interruzione quando la donna gli aveva riferito che non provava alcun piacere»; e) con riferimento alla visita nei confronti di [REDACTED], il medico, se «alla prima reazione della donna» aveva detto «poi ti spiego» ed aveva proseguito, si era subito arrestato alla nuova reazione, sicché potrebbe «avere inteso che la prima richiesta di interruzione fosse stata determinata dal dolore», e, comunque, «non vi è stato un vero e proprio incitamento perché il ginecologo sembra aver richiesto solo una collaborazione, durante l'esame manuale, finalizzata alla diagnosi sul dolore».

Si conclude: «per la Corte è possibile che [REDACTED] abbia agito con la sola consapevolezza e volontà di curare le pazienti, ritenendo che il loro consenso alla particolare manovra fosse implicito o, addirittura non necessario perché l'atto era dovuto». Si aggiunge che l'errore nel «sottovutare la situazione» può essere stato determinato dall'esigenza di assicurare una cura delle pazienti nel breve tempo a disposizione e che l'omessa valutazione preventiva della sensibilità delle pazienti «non è sufficiente per ravvisare il dolo di abuso sessuale, e costituisce piuttosto espressione di un agire colposo».

6. La sentenza impugnata, in considerazione di quanto da essa esposto e dei principi giuridici applicabili alla fattispecie, risulta viziata.

Si è osservato che un medico, nell'esercizio di attività diagnostica o terapeutica, può lecitamente compiere atti incidenti sulla sfera della libertà sessuale di un paziente solo se abbia acquisito un consenso esplicito ed informato dallo stesso, o se sussistano i presupposti dello stato di necessità, e, inoltre, deve comunque immediatamente fermarsi in caso dissenso del paziente.

Si è rilevato, inoltre, che l'errore del medico in ordine all'esistenza di un obbligo giuridico di acquisire il consenso del paziente prima di procedere al compimento di atti incidenti sulla sfera di autodeterminazione della libertà sessuale di quest'ultimo, a differenza di quello sulla sussistenza, in concreto, di un valido consenso, costituisce errore su legge penale, a norma dell'art. 5 cod. pen., che non esclude il dolo, ed esclude la colpevolezza solo in caso di ignoranza inevitabile.

La sentenza impugnata ha ritenuto l'esistenza di un ragionevole dubbio in ordine alla sussistenza del dolo, ritenendo che quest'ultimo debba intendersi come «coscienza e volontà della propria condotta e del pericolo di attentare alla libertà sessuale per l'illegittimità dell'atto», e concludendo che «per la Corte è possibile che [redacted] abbia agito con la sola consapevolezza e volontà di curare le pazienti, ritenendo che il loro consenso alla particolare manovra fosse implicito o addirittura non necessario perché l'atto era dovuto».

E' evidente, quindi, innanzitutto, l'erroneità della decisione nella parte in cui attribuisce rilevanza all'errore dell'imputato sulla non necessità del consenso delle pazienti «alla particolare manovra» quale causa di esclusione del dolo. Questo errore, infatti, come si è osservato, può rilevare solo in caso di ignoranza inevitabile della disciplina giuridicamente vincolante in ordine all'obbligo di acquisire il consenso del paziente prima di procedere ad attività diagnostica o terapeutica incidente sulla sfera di autodeterminazione della libertà sessuale di quest'ultimo.

La motivazione della Corte d'appello, inoltre, è viziata, perché contraddittoria o comunque gravemente lacunosa, quando afferma che il «consenso [delle pazienti] alla particolare manovra fosse implicito».

Innanzitutto, la sentenza impugnata non spiega perché deve ritenersi sussistere il consenso implicito se poi afferma, ad esempio, che, nel caso di [redacted], «la paziente è stata colta di sorpresa», o che, nel caso di [redacted], la visita è stata non richiesta, ed il «movimento all'interno della vagina» ha dato luogo ad una situazione che «ha determinato il grave imbarazzo riferito dalla giovane, è stata talmente improvvisa da non rendere possibile un'immediata reazione». Allo stesso modo, risulta assertiva, ed anche non risolutiva, l'affermazione secondo cui, nel caso di [redacted], il ricorrente, il quale «alla prima reazione della donna» aveva detto «poi ti spiego» ed aveva proseguito, per fermarsi solo dopo la nuova reazione, potrebbe aver equivocato sulle ragioni della reazione, ascrivendole al dolore e non al dissenso: da un lato, non si spiega perché la reazione in questione poteva essere percepita come conseguenza di un dolore; dall'altro, ed in ogni caso, non si spiega perché potesse essere ravvisabile un consenso implicito.

In secondo luogo, poi, la pronuncia impugnata risulta addirittura cadere in diretta contraddizione con l'ipotesi del consenso implicito, quando riferisce, per ben due volte, sia pure per affermare la sussistenza oggettiva del reato, che in tutte e tre le vicende, il «contatto con la zona erogena [fu] eseguito in maniera repentina, senza la dovuta preparazione ed il preventivo consenso, anche solo implicito», anche «tenuto conto del particolare contesto avulso dalla richiesta di una consulenza sessuale».

In terzo luogo, infine, non è chiaro, in questo contesto motivazionale, il rilievo attribuito al mancato «incitamento» o «eccitamento a raggiungere l'orgasmo», posto che, come si è detto in precedenza, ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 609-bis cod. pen., non è necessario che la condotta dell'agente sia specificamente finalizzata al soddisfacimento del suo piacere sessuale.

7. All'accoglimento del ricorso segue l'annullamento della sentenza impugnata con rinvio ad altra sezione della Corte d'appello di Torino per nuovo giudizio.

Il giudice del rinvio, nel rivalutare i fatti in contestazione, si atterrà, innanzitutto, ai seguenti principi: «ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 609-bis cod. pen., non è necessario che la condotta dell'agente sia specificamente finalizzata al soddisfacimento del suo piacere sessuale»; «il medico, nell'esercizio di attività diagnostica o terapeutica, può lecitamente compiere atti incidenti sulla sfera della libertà sessuale di un paziente solo se abbia acquisito un consenso esplicito ed informato dallo stesso, o se sussistano i presupposti dello stato di necessità, e, inoltre, deve comunque immediatamente fermarsi in caso di dissenso del paziente»; «l'errore del medico in ordine all'esistenza di un obbligo giuridico di acquisire il consenso del paziente prima di procedere al compimento di atti incidenti sulla sfera di autodeterminazione della libertà sessuale di quest'ultimo, a differenza di quello sulla sussistenza di un valido consenso, costituisce errore su legge penale, a norma dell'art. 5 cod. pen., che non esclude il dolo, ed esclude la colpevolezza solo in caso di ignoranza inevitabile».

Il giudice del rinvio, in secondo luogo, nella ricostruzione del fatto, ed ai fini dell'accertamento di un ragionevole dubbio dell'imputato in ordine all'esistenza di un effettivo consenso delle persone offese, offrirà puntuale ragione del proprio convincimento, evitando, in particolare, di incorrere nelle aporie e discrasie logiche precedentemente evidenziate.

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata con rinvio ad altra sezione della Corte d'appello di Torino.

Così deciso il 22/02/2019

Il Consigliere estensore

Antonio Corbo

Antonio Corbo

Il Presidente

Giulio Sarno

Giulio Sarno

IL CANCELLIERE
Luana