

GIROLAMO PENSO

**IL CONCETTO DEL "CONSENSO",
NEL NUOVO CODICE PENALE**

(Art. 50 e 579)

Estratto dal Volume degli *Studi in onore di Ugo Conti*
per il trentesimo anno di ordinariato

CITTÀ DI CASTELLO
TIPOGRAFIA DELL' "UNIONE ARTI GRAFICHE",

1932

Omaggio dell' a

17/118
P9647

GIROLAMO PENSO



IL CONCETTO DEL "CONSENSO", NEL NUOVO CODICE PENALE

(Art. 50 e 579)

Estratto dal Volume degli *Studi in onore di Ugo Conti*
per il trentesimo anno di ordinariato

CITTÀ DI CASTELLO
TIPOGRAFIA DELL' "UNIONE ARTI GRAFICHE",

1932

1. Fervono gli studi e le indagini intorno all'istituto del "consenso,, nella sorgente elaborazione scientifica sul nostro nuovo codice penale. Ma mentre la dottrina si occupa con tutta lena della *disponibilità del diritto*, e cioè della disponibilità del diritto del quale la persona consente la lesione o la messa in pericolo, noi crediamo di fare un pò d'indagine sul *consenso* in sè stesso, quale dal nostro codice è considerato. E precisamente stimiamo opportuno soffermarci sul *concetto* del "consenso,, , riguardato anche in talune particolari applicazioni, su cui la dottrina ancora non ha fermato sufficientemente l'attenzione.

2. Una prima fondamentale questione è questa: all'espressione "consenso,, deve darsi il significato tecnico-giuridico di *accordo di volontà* fra l'avente diritto e colui che questo diritto lederà o porrà in pericolo, ovvero l'altro, improprio, di *autorizzazione* del soggetto del diritto leso o posto in pericolo?

Se si trattasse di vero e proprio accordo di volontà bisognerebbe ritenere che per esserci "consenso,, sia necessario: 1° che venga manifestata dal titolare la volontà di

rinunciare al diritto; 2° che a questa volontà aderisca la volontà dell'altra parte; 3° che il primo venga a conoscenza di questa adesione. Ma noi siamo di avviso contrario.

Vero è che il codice esprime: "Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, *col* consenso della persona ecc.", (articolo 50) e: "Chiunque cagiona la morte di un uomo, *col* consenso di lui ecc.", (art. 579) ⁽¹⁾, ma è da considerare che il "col," non include *necessariamente* il concetto dell'accordo, ben potendo significare semplicemente "*essendovi* il consenso della persona ecc.,".

E qui appunto è in questo secondo significato che è da accogliersi, giacchè, non assumendo doveri giuridici la parte cui il permesso è dato, nè ricorrendo altre ragioni che lo consiglino, è perfettamente inutile esigere ch'essa, a sua volta, manifesti una propria volontà ⁽²⁾. Sicchè qui

⁽¹⁾ Il Progetto preliminare prevedeva anche la *lesione personale* del consenziente (art. 589).

⁽²⁾ Questa soluzione è professata dal GRISPIGNI nel suo fondamentale studio sull'argomento: *Il consenso dell'offeso*; ma egli invero non offre di essa spiegazione o dimostrazione alcuna.

Cioè il GRISPIGNI veramente dà alla soluzione la giustificazione del PFERSDORFF, che sagacemente riassume e riafferma. "Contro la concezione del consenso quale *accordo* di volontà — egli scrive (pag. 31) — è già stato osservato che non ogni accordo di volontà è consenso nel significato del *consenso dell'offeso*.

"Quest'ultimo presuppone un potere, una facoltà in base alla quale si concede, si permette, si autorizza qualunque cosa, che altrimenti resta vietata, e che si può impedire o per lo meno si crede di poter impedire.,".

Ma gli illustri AA. ci consentano di obiettare che quest'argomentazione a nulla giova, giacchè s'intende che nel campo giuridico quando si parla di "consenso," ci si riferisce ad un consenso *produttivo di effetti giuridici*. Quindi anche in materia di obbligazioni civili quando si

avviene nè più nè meno di quanto si ha nel campo privatistico a proposito della *rinuncia dei diritti*, od a proposito delle *autorizzazioni* da parte di una terza persona al compimento d'un atto ⁽¹⁾. Quindi il "consenso,, qui ha un senso particolare, che il termine non coglie bene: noi crederemo sarebbe stato meglio invece della parola "consenso,, adoperare quella di "assenso,, come s'è fatto nel progetto di riforma del I libro del codice civile. Questo, com'è no-

parla di consenso si suppone che questo consenso ponga in essere un negozio giuridico, il che presuppone, a sua volta, che vi sia un soggetto giuridico che abbia un potere, una facoltà su un diritto, che costituirà il contenuto del negozio. E perciò non calza l'esempio del PFERSDORFF, di un accordo fra due persone a fare una passeggiata. Qui non solo non c'è "*consenso,, dell'offeso* — come il GRISPIGNI commenta — ma non c'è "consenso,, di nessun genere che interessi il giurista, neppure un "*consenso,, quale accordo di volontà* che riguardi il diritto, appunto perchè in quest'esempio non c'è un atto che di un diritto disponga.

In altri termini, non il solo il "*consenso,, dell'offeso* — come il PFERSDORFF ed il GRISPIGNI ritengono —, ma qualunque "consenso,, che interessi sia il diritto pubblico, sia il diritto privato, presuppone "un potere, una facoltà in base alla quale si concede, si permette, si autorizza qualunque cosa, che altrimenti si può impedire o per lo meno si crede di poter impedire.,". Per cui sotto quest'aspetto, per niente il "consenso,, dell'offeso si distingue dagli altri "consensi,, o da altre categorie di "consensi,,.

La distinzione, invece, che qui va fatta riposa, secondo noi, nel fatto che — come dicemmo — il nostro è uno dei casi in cui, non assumendo doveri giuridici la parte cui il "consenso,, è dato, nè ricorrendo altre ragioni che lo consiglino, non si esige che essa, a sua volta, manifesti una propria volontà, sì che il "*consenso,, non è più *consenso vero*, e cioè quale *accordo di volontà*, ma *assenso*, e cioè quale *autorizzazione* — e quindi resta perfettamente distinto dai casi di *consenso proprio*.*

⁽¹⁾ GRISPIGNI, *op. cit.*

to, parlava di "consenso,, di alcuna persona al matrimonio di coloro che sono soggetti ad un potere domestico, ma l'espressione era impropria, appunto perchè "consenso,, implica accordo di volontà, mentre qui si tratta di semplice autorizzazione; epperò la parola "consenso,, si è riservata alle manifestazioni di volontà degli sposi, mentre le autorizzazioni sono state designate con la parola "assenso,,.

3. Escluso dunque che si tratti di vero e proprio *consenso*, costitutivo di un negozio giuridico bilaterale, resta ad ogni modo un quesito non lieve da risolvere: per beneficiare di questo cosiddetto "consenso,, è indispensabile che colui che lede il diritto ⁽¹⁾ sappia dell'assenso del titolare, o il beneficio gli compete per il fatto dell'assenso in sè, anche se di questo, quindi, egli non avesse conoscenza?

Il quesito si riallaccia ad un problema di più alto contenuto: il beneficio in parola trova la sua ragion d'essere nel criterio *oggettivo* — perchè, cioè, per effetto dell'assenso è venuto meno l'antigiuridicità del *fatto* —, o nel criterio *soggettivo* — perchè, cioè, per effetto dell'assenso è venuto meno l'antigiuridicità della *volontà dell'agente?*

Noi crediamo che il nostro legislatore si sia riferito al primo criterio nella norma dell'art. 50, ed al secondo in quella dell'articolo 579. Sicchè per noi bisogna far capo all'elemento ontologico nei casi in cui il diritto, del quale siasi assentita la lesione, rientri nella categoria dei diritti *validamente disponibili*. In tali casi, dunque, potendo il soggetto disporre del diritto ed avendo ad esso rinunciato, è come se questo più non pertinesse al soggetto, come se più non esistesse; e quindi ogni fatto che lo leda non ac-

(1) Per brevità parliamo sempre soltanto di *lesione* del diritto, intendendo però ogni volta riferirci pure alla *messa in pericolo* di esso, giustamente come esprime l'art. 50.

quista più carattere di *antigiuridicità*. Anzi impropriamente qui ci serviamo dell'espressione di *lesione*: appunto per il fatto che il diritto più non esiste, non può più essere *leso*.

Diversamente va detto nei casi in cui, pur avendo efficacia l'assenso, il diritto non è disponibile — sono i casi di cui all'art. 579. Qui, appunto per l'indisponibilità, il diritto alla vita resta nella sua pienezza ad onta di qualsiasi rinuncia da parte del titolare, ed ogni azione che lo disconosca acquista carattere perfettamente illecito e criminoso. Solo, considerando la minore responsabilità morale e pericolosità criminale di colui che si decide a violare il diritto per effetto dell'assenso dell'offeso, il legislatore ha creduto di diminuire sensibilmente la pena. In questi casi, dunque, per spiegare ed applicare la diminuzione bisogna invece far capo all'elemento psicologico ⁽¹⁾. In conseguenza, noi pensiamo che l'art. 50 possa essere applicato — in tema di diritti disponibili — nell'ipotesi in cui colui che violò un diritto soggettivo non sapeva che a quel diritto avesse rinunciato il titolare, mentre — in tema di uccisione e cioè di diritti indisponibili — se la conoscenza dell'assenso mancava nell'omicida, l'art. 579 non può trovare applicazione.

4. Passiamo adesso ad altra questione: il *consenso* presuppone la *volontà?* anche su questo la dottrina non s'è intrattenuta abbastanza.

Sul proposito da noi fa accenno il GRISPICINI. Scrive egli: "La persona, pur consentendo al fatto, può *desiderare* che il destinatario non si valga del consenso per compiere l'offesa; come pure il consenziente, pur consentendo all'offesa, può *sperare* che l'effetto dell'azione consentita non si ve-

(1) Il criterio da noi seguito è stato tracciato dal GRISPICINI, *op. cit.*

rifichi (si pensi al figlio di *Guglielmo Tell*,⁽¹⁾). Ma in verità ci pare che l'illustre A. non colga in pieno il problema. Qui non c'interessano i desideri e le speranze del soggetto: qui ci riguarda la *volontà*; e cioè ci preme conoscere se il consenziente *vuole o non vuole* ciò che permette.

Ed al proposito osserviamo che se la persona non vuole che il destinatario si valga dell'assenso per compiere l'offesa, o vuole che l'effetto dell'azione assentita non si verifichi, significa, in sostanza, che essa non vuole la lesione permessa; ma noi in verità non ci spieghiamo come si possa permettere una cosa che non si vuole! Comprendiamo che alcuno possa ragionare: io assento perchè sono sicuro che il destinatario non si avvarrà del consenso o perchè sono sicuro che il risultato lesivo non si verificherà: ma questa è larva di assenso, non assenso; questo dell'assenso ha le apparenze, ma non il contenuto!

In conseguenza, se di questa riserva mentale l'agente non seppe, ed allora vuol dire che l'assenso esplicherà la sua influenza, non essendo egli tenuto a complicate, impossibili indagini sulle segrete volontà dell'altra parte; ma se questa volontà gli venne comunicata o trasparì seriamente dal contegno della parte, allora l'agente non può godere del beneficio in questione.

Ed infatti ai fini del beneficio bisogna che ci sia un assenso che venga inequivocabilmente manifestato. Orbene quando assenso non v'è, e il comportamento del soggetto chiaramente lo manifesta, o, meglio, manifesta addirittura esserci la volontà del contrario, non vediamo come potrebbe dirsi *consentito* l'evento dannoso che in tali circostan-

ze verrebbe prodotto. E ciò tanto più va detto in quanto questo istituto del *consenso* viene a portare una deroga a quelli che sono i principî ordinari della repressione, e tanto grave deroga che a proposito dell'art. 579⁽¹⁾ la relazione al progetto definitivo giunge addirittura ad interpretare il *consenso* come *richiesta*, sì che ENRICO ALTAVILLA, nel suo recentissimo, perspicuo trattato sul suicidio si prospetta la questione se questa interpretazione autentica si sovrapporrà alla parola del codice.

Perciò, ammettiamo tutt'al più che possa permettersi un'azione per la quale la volontà dell'assenziente sia *indifferente*, ma non un'azione che l'assenziente *non voglia*.

Quindi, a proposito dei tiratori di fucile e di pistola che nei pubblici spettacoli rinnovano la bravura di *Guglielmo Tell*, come mai può dirsi — come il CRISPIGNI dice — che coloro che si prestano al temerario esercizio consentano la propria uccisione? essi permettono semplicemente che il tiratore colpisca, per es., l'oggetto che all'uopo tengono vicino, ma non che venga loro cagionata la morte.

5. Al proposito è però da esaminarsi altra questione, alla presente intimamente legata: l'autorizzazione deve riferirsi al *fatto*, da cui poi sorgerà la lesione del diritto, o proprio all'*evento lesivo*? La dottrina in genere è divisa sull'argomento. In Italia sin'ora se n'è occupato solo il CRISPIGNI, il quale scrisse che "si consente un'azione in quanto la si considera come causa certa o eventuale di un evento. Da qui deriva che tutti e due gli elementi, e

(1) E quanto riguarda l'art. 579 riguarda pure l'art. 50, giacchè l'uno e l'altro non parlano che di "consenso,, senza una variante, neppure verbale, che possa autorizzare a ritenere che il consenso previsto non sia identico nei due casi.

V. pure sulla questione il SIGHELE, in appendice al volume del FERRI: *L'omicida*.

(1) *Op. cit.*

cioè azione ed effetto, costituiscono il contenuto e l'oggetto del consenso,, (1). Il GRISPIGNI dice bene; e difatti intanto alcuno può consentire un'azione, in quanto sa che essa gli produrrà per esempio una lesione lieve, mentre intende di non aver prestato consenso se l'azione in ipotesi gli porterà invece una lesione grave o gravissima. E, d'altro canto, in tanto alcuno può consentire un evento, in quanto sa che esso sarà prodotto in un determinato modo, mentre intende di non aver prestato consenso se l'evento in ipotesi sarà prodotto invece in maniera diversa.

Però, appunto perchè anche l'evento costituisce parte integrante del consenso, pare a noi non possa pervenirsi alla conclusione del GRISPIGNI, che cioè sia compatibile con *senso e delitto colposo*.

E difatti, tale compatibilità si verificherebbe se si ritenesse che per esserci consenso basta che questo riposi sul fatto, indipendentemente dalle conseguenze; ma ciò viene meno quando si pensa, come pensa, giustamente, il GRISPIGNI, che il consenso deve pure rivestire l'evento. Di fatti come può il consenso rivestire anche l'evento quando in in tali delitti l'evento delittuoso solitamente non si prevede o se, quantunque previsto, assolutamente si vuole?

6. Pertanto, riprendendo l'esempio di poc'anzi, va affermato che coloro che nei pubblici spettacoli si prestano alle bravure dei tiratori di fucile o di pistola assentono alla prova audace ma non assentono alla propria uccisione. Per venire a contraria conclusione bisogna immaginare che accettare l'azione significhi accettare tutte le conseguenze che possono discendervi. Ma ciò non è da ammettersi: anzitutto perchè è escluso dal codice, che parla di *"consen-*

(1) *Op. cit.*

so,, al diritto lesa o posto in pericolo, all'art. 50, e di *consenso,, alla morte*, all'art. 579 (1); poi perchè è la stessa logica che l'esclude: altro è assentire ad un fatto, altro è assentire ad una conseguenza, più o meno prevista, più o meno probabile, che dall'atto può derivare. Ove diversamente si ritenesse, si arriverebbe inesorabilmente a considerare assentita la lesione ad es. provenuta ad alcuno per un incidente in aeroplano, per il semplice assentimento a fare un giro nell'apparecchio, dato che nell'atto di salire in macchina il malcapitato sapeva come siano frequenti simili incidenti — e non vediamo perchè allora il ragionamento non possa ripetersi per le gite in auto o in carrozzella...

C'è un caso che all'uopo parrebbe imporsi, per siffatta tesi: il caso in cui la probabilità dell'evento letale diventa talmente grande da rasentare quasi la certezza; in tal caso, appunto per questa grande probabilità, si potrebbe dire che aver assentito alla causa vale quasi aver assentito all'effetto. Ma anche questo caso per noi resta escluso dalle norme che regolano l'efficacia del consenso in diritto penale, perchè anche in tal caso se manca la volontà dell'evento manca l'assenso (2).

(1) Il Codice dunque vuol proprio che si dia il "consenso,, alla lesione del diritto, all'evento lesivo, cioè; onde non può assolutamente dirsi che per esso valga a scagionare il "consenso,, dato dall'offeso semplicemente ad un'azione quando poi da questa sia scaturita una conseguenza lesiva che il colpevole sappia non prevista o, almeno, non voluta dall'offeso.

Sicchè per il "consenso,, di cui al nostro codice non basta che il soggetto dica "colpiscimi!": bisogna che dica "feriscimi!" o "uccidimi!,,.

(2) Questo che noi diciamo non vale nei casi in cui l'assenziente vuole l'evento freddamente, debolmente; e certo non sarebbe da pretendere che la volontà vi debba esser diretta con fervore di entusias-

7. Comprendiamo che in tale ipotesi il danneggiato si è volontariamente e coscientemente posto nelle condizioni in cui era molto facile che gli venisse il danno; questo però è elemento che può tenersi solo presente in diritto civile a proposito della *compensazione delle colpe* (4). Ma per il nostro istituto ciò non giova, perchè altro è *prevedere e favorire*, altro è *volere*: chi non vuole non assente, non consente.

Comprendiamo pure che dal punto di vista subiettivo è meritevole di maggior considerazione colui che lede il diritto di chi s'è posto nelle condizioni d'averlo leso: ma di questa figura intermedia fra la lesione giuridica normale e la lesione giuridica del consenziente nel nostro codice non v'è traccia. Nè crediamo fosse stato da farsi diversamente, potendo benissimo il giudice accordare ad un tal soggetto la considerazione che gli spetta nella graduazione della pena, su cui il codice tanta discrezione al giudice concede.

8. Quello che abbiamo detto per i delitti colposi vale per le prove mediche e chirurgiche a cui il soggetto si sottopone senza volere il male che gli deriva, anche se da lui perfettamente previsto.

Qui va ripetuto che il paziente accetta il *rischio del danno*, ma non il *danno in sé*; rischio di danno lieve, rischio di danno grave: ma sempre *rischio*. Vuol dire che quando l'esiziale evento si verificherà, il paziente, dal suo

suo! La nostra conclusione si riferisce ai casi in cui, il soggetto, lascia chiaramente trasparire che egli *non vuole* che l'evento si verifichi, o meglio, che egli vuole che l'evento *non si verifichi*.

(4) Per effetto della quale, quando il fatto colposo del danneggiato fu causa prossima, immediata e diretta del danno, si giunge persino ad escluderne del tutto il risarcimento.

canto, subirà il *non desiderato danno* (4) conseguito al *rischio cui volle sottoporsi*; mentre il medico o l'operatore subirà, per parte sua, la pena per aver prodotto l'*evento non assentito*, scaturito dell'*assentito esperimento*.

Mentre può benissimo parlarsi di assenso, sempre in tema di operazioni medico-chirurgiche, se questo si riferisce ad evento verso cui è diretta la volontà (es. nelle lesioni chirurgiche estetiche) — salva, beninteso, la questione della disponibilità del diritto.

9. Tutto questo a maggior ragione vale pei casi in cui il soggetto, non solo non dà esplicito e diretto assenso alla lesione, ma fa di tutto per allontanare questa da sé. Sono i casi del duello, del delitto sportivo ecc.

Non v'ha dubbio che il duellante ed il pugilista assentano allo scontro, ma in nessun momento, colle parole o coi fatti, essi autorizzano l'avversario ad ucciderli o ferirli. E qui va ripetuto quanto sopra dicemmo: la volontà dei contrastanti aderisce alla vertenza, ma nessuno di essi desidera e permette che le conseguenze che da essa devono a forza discendere cadano su sé stesso, di tutto facendo perchè invece si riversino sull'avversario.

E così, che genere di permesso a ferire o ad uccidere sarebbe quello in cui l'assenziente, per non esser ferito od ucciso, arriva a far qualunque cosa, persino a ferire od uccidere colui a cui ha dato il permesso?

10. Va rilevato sul proposito il contrario avviso della *Relazione sul progetto definitivo* del nuovo codice, nella quale il Ministro dichiara che "nel nostro ordinamento

(4) Che non gli è risarcibile, come abbiamo visto, ove la sua colpa sia stata pari a quella del danneggiatore.

giuridico (che comprende anche il diritto consuetudinario) molteplici sono i casi, in cui viene riconosciuta all'individuo la facoltà di disporre della propria integrità fisica, sia per sottoporsi ad operazioni chirurgiche od estetiche, sia per partecipare a manifestazioni sportive e a giuochi, dei quali la violenza sia elemento essenziale. In tali casi il consenso dell'offeso deve necessariamente portare alla discriminante di quelle lesioni che siano cagionate nello stretto esercizio e nei limiti dell'attività sportiva, perchè nessuno può essere punito per fatti che costituiscono *esercizio di un'attività lecita*, trovi questa il suo riconoscimento nel diritto testuale, ovvero nel diritto consuetudinario. La consuetudine — continua il Ministro — in quest'ipotesi conferisce all'individuo un diritto di disponibilità della propria persona, e in conseguenza la facoltà di sottoporsi a talune menomazioni nella sfera della integrità fisica.

Potremmo esser d'accordo con l'on. Ministro che, per tutte le ragioni che egli espone, il diritto alla propria persona si debba rendere disponibile nei casi da lui citati. Ma *disponibilità* non significa *disposizione*, e per disporre, ai sensi delle norme che costituiscono oggetto dei presenti appunti, è necessario l'assenso: assenso a un male fisico, *precisamente individuato e stabilito preventivamente*, che deve corrispondere perfettamente a quello conseguito dalla cura, dall'operazione, dal *mach* (1). Ma questo assenso, giusto quanto esponemmo, non si verifica mai, non può verificarsi, nei casi di giuochi sportivi e di esperimenti medico-chirurgici (2), giacchè gli aventi diritto in queste

(1) Il duello non ci riguarda perchè nel nostro diritto penale è particolarmente disciplinato.

(2) Possono verificarsi invece nei casi di *cure mediche* e di *operazioni chirurgiche* ad effetto individuato e desiderato dal paziente — caso che la *Rela-*

ipotesi non hanno normalmente nessuna intenzione di ricevere del male, e conseguentemente non possono dare il permesso che questo venga loro inferto (1). Il permesso, come illustrammo, è dato solo all'esperimento ed al giuoco — onde non si potrebbe raffigurare in proposito un reato di violenza personale, o di tentativo di lesioni ecc. (2) — ma non alle esiziali conseguenze che da essi possano derivare (3).

Sul che inoltre osserviamo, a conferma dei già esposti *ziona a torto*, secondo noi, accomuna con i casi di *esperimenti* medico-chirurgici, dove nessun danno del paziente è specificamente previsto ed assolutamente voluto.

(1) E si capisce che quest'assenso non può verificarsi, perchè chi vuole sul serio essere ferito od ucciso pregherà la persona compiacente di somministrargli un veleno o di effettuarli una lesione, e non certo di sfidarlo ad una partita di boxe o di provare su di lui un nuovo preparato medico!

A meno che il soggetto, avendo vera intenzione di por fine ai propri giorni, si decida a sottoporsi ad una prova pericolosa clinica per la quale gli si promette un compenso, pensando che così, oltre a conseguire il fine di morire, che si proponeva, conseguirà quello di lasciare, colla sua morte, del danaro alla propria famiglia. Qui abbiamo proprio un'intenzione suicida ed un assenso alla morte che non possono lasciar luogo a dubbio veruno; ed il fatto che a tal uopo l'assenziente sia servito d'un mezzo idoneo a cagionargli solo *eventualmente* l'effetto che costituiva l'oggetto del suo assenso, non può valere a contraria conclusione. Per cui qui bene si parlerebbe di omicidio del consoziante — ma questo in verità è un caso molto eccezionale.

(2) Giacchè tali criminose configurazioni sorgerebbero dal fatto in sè, indipendentemente da qualsiasi evento che questo può produrre; ma poichè il fatto in sè in tali casi è appunto assentito — e realmente assentito — le suddette configurazioni esulano senz'altro.

(3) Non siamo, quindi, d'accordo col Sen. MARCIANO, che a commento del citato brano della *Relazione* del Ministro dichiara: "È così risolta la disputa sulla punibilità della lesione e dell'uccisione in una partita di boxe," (*Consenso dell'avente diritto*, nel pregevole recente li-

argomenti: si dice che i soggetti in questi casi danno il loro *assenso*? ma, *assenso a che cosa?* a che venga loro (riferendoci, per es., agli scontri sportivi) somministrato un paio di percosse in faccia o causata una rottura di mascella? *assenso* per una lussazione di braccia o per una rottura di gamba? ad una scalfitura dell'epitelio o ad una emorragia del cervello? Delle due l'una: o qui si fa riferimento ad un *assenso implicito*, ed allora noi attendiamo che ci si dica da dove va tratto il criterio che serva a fissare la portata d'un tale *assenso*; dove, quindi, va rinvenuto il criterio per stabilire quale delle conseguenze scaturite dalla partita debboni ritenere assentite e quali no; come pure attendiamo che ci si spieghi dove un cotale criterio trovi il suo fondamento; come pure attendiamo che ci si dimostri come è mai possibile parlare di *assenso implicito* nei casi in cui — come appunto i casi di delitto sportivo che abbiamo preso in ipotesi — si presenti un *esplicito dissenso*. Oppure — ove si creda, come è da credere, che il precedente concetto non sia accettabile — si fa riferimento alla volontà concreta dei soggetti, e cioè si riguardano quali fra le più lievi e meno lievi lesioni, che da un incontro ginnastico possono discendere, i soggetti hanno voluto, ed allora la conclusione non può essere che una: che i soggetti non hanno dato *assenso* a nessun dannoso effetto del consentito match, perchè nessun male essi hanno voluto, nè il meno lieve nè il più lieve.

Forse tale soluzione non è socialmente opportuna, e questo può anche ricavarsi dalle espressioni della *Relazione* citata. Ma giuridicamente non ci pare che la soluzione possa mutarsi. Se si fosse voluto il contrario si sa-

bro su *Il nuovo codice penale*, Napoli 1932).

rebbe dovuto formulare diversamente la norma: parlare, per esempio, di *assenso del fatto* da cui sia derivato la lesione del diritto, o dichiarare l'impunibilità nei casi in cui il soggetto si sia volontariamente posto *in quelle condizioni* da cui poi gli derivò la lesione del diritto — sempre che questo sia per lui disponibile. Ma allo stato, ripetiamo, la parola del legislatore si oppone categoricamente a quella del relatore.

11. Le norme che si occupano del *assenso* nel nostro codice parlano di *assenso al diritto* che si lede o si pone in pericolo. Pertanto noi crediamo di concludere che in tutti i casi in cui questo *assenso*, e cioè quest'*assenso*, non sia *pieno*, e cioè intima e reale espressione della volontà del soggetto, non sia *certo*, e cioè per il modo onde esso è manifestato non si rilevi esser serio, non sia *univoco* e cioè rivolto direttamente e precisamente all'evento dannoso scaturito, non possa darsi luogo ai benefici che dette norme prevedono.

Ed è congruo e giusto che sia così, perchè non è lecito disporre dei diritti individuali per *assenso* degli individui, se questo *assenso* non si presenti nella più viva e completa realtà.

