

## INTRODUZIONE

Il fine-vita è un argomento complesso e problematico, non solo dal punto di vista giuridico, ma anche per i risvolti etici, morali e religiosi che presenta.

Il seguente lavoro si pone l'obiettivo di studiare la complessità del fenomeno da un punto di vista prevalentemente giuridico-penale; a tal proposito, in Italia vige il divieto penalmente sanzionato di realizzare pratiche di fine-vita: l'aiuto al suicidio e l'omicidio del consenziente sono condotte vietate dagli artt. 580 e 579 c.p. Sennonché, come avremo modo di vedere, l'intervento della Corte Costituzionale ha allentato le maglie del reato di cui all'art. 580 c.p., ammettendo, a certi presupposti, l'eseguibilità dell'aiuto al suicidio.

In riferimento a questo contesto, tutto il lavoro si muove sulla base della seguente tesi: la necessità di rimodulare il divieto penale attualmente esistente circa le pratiche di fine-vita, e la correlata esigenza di una regolamentazione per l'esecuzione dell'assistenza al suicidio ed eutanasia.

Per poter determinare quale ruolo debba avere il diritto penale rispetto alla tematica del fine-vita, deve preliminarmente essere inquadrata la materia all'interno delle fonti nazionali e sovranazionali di riferimento; il primo capitolo, quindi, assolve a tale funzione. In particolare, valore indiscusso lo assume la Costituzione, giacché è in essa che sono contenuti i principi fondamentali quali l'autodeterminazione individuale, la libertà personale, l'uguaglianza e il diritto alla salute; lo studio della fonte suprema, inoltre, permette di analizzare alcune questioni da sempre dibattute, come il ruolo del consenso informato, la disponibilità (o meno) della vita umana, o ancora, la natura giuridica dell'atto suicidario. In seguito poi, viene fornito il quadro penale di riferimento delle pratiche di fine-vita, mediante l'esposizione delle

fattispecie di reato che incriminano l'aiuto al suicidio e l'omicidio del consenziente. Da ultimo, infine, si analizza la legge 219 del 2017; essa, solo marginalmente è inerente alle tematiche di fine-vita (tratta, infatti, del consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento), il suo studio, però, è funzionale alla comprensione delle nuove aperture del divieto penale di assistenza al suicidio operate dalla Corte Costituzionale.

Nel secondo capitolo, quindi, si ripercorre tutto l'iter processuale che ha portato alla pronuncia della Consulta. A tal proposito, si analizza in dettaglio la sentenza 242 del 2019, giacché essa riconosce l'inedita possibilità di ottenere aiuto alla morte. La Consulta, infatti, dichiarata l'illegittimità costituzionale del reato di cui all'art. 580 c.p., individua una procedura e dei requisiti di fronte ai quali sia legittimata la pratica eutanassica. Stante ciò, viene verificato se la sentenza della Corte Costituzionale possa essere considerata sufficiente per l'esigenza di riforma del divieto penale, e se soddisfi il bisogno di una disciplina per la regolamentazione delle pratiche di fine-vita.

Lo studio, infine, si conclude con il terzo capitolo; esso tenta di fornire alcuni spunti per una potenziale e futura legge sull'eutanassia. A questo proposito quindi, vengono preliminarmente valutati i possibili approcci da adottare in materia di fine-vita (vale a dire se sia preferibile lasciare uno spazio libero dal diritto o prevedere una procedura regolamentata). Segue poi lo studio comparato con alcune realtà europee ed extraeuropee; in modo tale da esaminare le modalità con cui altri Paesi hanno deciso di disciplinare (o meno) le pratiche eutanassiche, e valutare se esse possano essere replicate in Italia. Il capitolo, dunque, si conclude con alcuni spunti di disciplina, prestando particolare attenzione al contesto normativo all'interno del quale si ritiene di dover inserire la regolamentazione, ai soggetti legittimati all'accesso alla pratica, alle tipologie di pratiche eseguibili; e infine, a quale ruolo debba assumere il diritto penale rispetto all'esercizio delle pratiche di fine-vita.

# 1 CAPITOLO PRIMO

## LA DISCIPLINA DEL FINE VITA NEL DIRITTO NAZIONALE E NELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Nelle pagine che seguono si introdurrà il tema del fine vita, inquadrandolo all'interno di fonti normative nazionali e internazionali. Il primo sarà anzitutto la Costituzione, e in particolare l'art. 32 Cost. che tutela il diritto alla salute di ogni individuo. Si sposterà poi l'attenzione sulla Carta dei Diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e sulla conseguente giurisprudenza della Corte di Strasburgo. In seguito, si esamineranno le fattispecie di reato previste dagli artt. 579 e 580 c.p., che intervengono a vietare e punire proprio le pratiche eutanasiche e di assistenza al suicidio. Ai fini di una maggiore completezza, infine, si analizzerà la recente legge 219 del 2017 che ha tipizzato il diritto di rifiutare trattamenti sanitari e di disporre anticipatamente delle cure.

**SOMMARIO:** 1.1 Introduzione alla tematica di fine vita 1.2 Riferimenti nazionali e sovranazionali 1.2.1. (Segue) Il consenso informato 1.2.2 (Segue) Il diritto di rifiutare trattamenti sanitari 1.2.3 Sulla disponibilità del bene-vita 1.2.4 (Segue) Cenni alla natura dell'atto suicidario 1.2.5 Cenni al bene giuridico della dignità 1.3 Il fine vita nella giurisprudenza della Corte Edu 1.4 L'articolo 580 del codice penale italiano: "istigazione o aiuto al suicidio" 1.4.1 La giurisprudenza sull'art. 580 c.p. 1.4.2 Posizioni della dottrina in riferimento alle pronunce giurisprudenziali 1.5 Omicidio del consenziente 1.5.1 Omicidio del consenziente in relazione alla pratica eutanastica 1.6 Alcuni casi celebri 1.6.1 Piergiorgio Welby 1.6.2 Eluana Englaro 1.6.3 Giovanni Nuvoli 1.6.3.1 (Segue) Il reato di violenza privata in relazione alla vicenda Nuvoli 1.6.4 Walter Piludu 1.6.5 Riflessioni a margine delle vicende sopra analizzate 1.7 La 219 del 2017 è una "buona legge", ma non soddisfa tutte le richieste 1.7.1 Valorizzazione dell'alleanza terapeutica: consenso informato quale espressione dell'autodeterminazione 1.7.2 Doveri del sanitario e obiezione di coscienza 1.7.3 Minori e incapaci 1.7.4 Disposizioni anticipate di trattamento e pianificazione di cure 1.7.5 Cure palliative e sedazione profonda continua 1.8 Ogni situazione necessita di una propria disciplina.

## 1.1 Introduzione alla tematica del fine vita

Preliminarmente all'analisi giuridica circa le tematiche di fine vita è quanto mai opportuno definire quale significato debba ad esse essere attribuito. Il fine vita non ha a che fare con il generale concetto di suicidio, quanto, piuttosto, con la condizione di un soggetto malato che sia tenuto in vita da tecniche di medicina moderna volte a prolungargli artificialmente la vita. Lo sviluppo tecnologico della scienza medica, infatti, ha messo a disposizione dell'uomo tecniche artificiali di prolungamento dell'esistenza<sup>1</sup>, comportando il procrastinarsi della sopravvivenza degli individui al di là di quanto la malattia, in sé per sé, avrebbe altrimenti consentito. In particolare, la scienza medica ha permesso di dilatare delle funzioni vitali, al di là del punto in cui esse possano assumere ancora un significato di "vita" per l'individuo<sup>2</sup>.

Sulla base di ciò, le persone hanno iniziato ad avanzare pretese volte a riappropriarsi della propria vita, e di conseguenza, anche della fase finale di essa, richiedendo l'interruzione di trattamenti medici salvavita, o finanche la realizzazione di pratiche eutanasiche, con l'intento di riappropriarsi delle decisioni inerenti alla propria vita<sup>34</sup>. Tali pratiche, quindi, concretizzano un modo d'intendere il valore da attribuire al bene della vita, valorizzando il senso di qualità della stessa in relazione alla percezione che ne ha ogni singolo individuo<sup>5</sup>. Detto in breve: le questioni di fine vita maturano nel contesto di soggetti intenzionati a

---

<sup>1</sup> Di Giovine O., *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappichelli editore, Torino, 2009, p. 10; D'Avack L., *Verso un antidestino. Biotecnologie e scelte di fine vita*, Giappichelli Editore, Torino, 2004, p. 178

<sup>2</sup> Jonas H., *Il diritto di morire*, 1991, Genova, p. 11

<sup>3</sup> in questo senso si percepisce il significato della frase scritta da Hans Jonas: «è il concetto della vita, non quello di morte, che in definitiva governa la questione del diritto di morire», (*Ibidem*, Jonas, p. 50)

<sup>4</sup> *Ibidem*, Jonas, p. 50

<sup>5</sup> D'Aloia A., *Tra il rifiuto di cure ed eutanasia. Note introduttive sul «diritto alla fine della vita»*, in *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, a cura di D'Aloia A., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, p. 6

riappropriarsi delle scelte inerenti alla propria vita, potendo decidere quando essa abbia ancora un significato per il suo titolare, e quando, invece, non lo abbia più.

## 1.2 Riferimenti costituzionali circa il tema del fine-vita

Nelle pratiche di fine vita, il faro cui orientare tutta la trattazione della problematica, non può che essere la Costituzione. È ad essa che dobbiamo il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo, dell'uguaglianza, della libertà personale, nonché del principio di autodeterminazione in ambito sanitario.

Cominciamo subito col dire che all'interno di essa difetta un'espressa previsione che sancisca il diritto alla vita<sup>6</sup>. In effetti, esso è stato ricavato in via interpretativa ad opera dei costituzionalisti, dalle seguenti disposizioni<sup>7</sup>: l'articolo 27, terzo e quarto comma vieta che le pene consistano in trattamenti contrari al senso di umanità, ed impedisce che possa essere inflitta la pena di morte. In questo senso quindi, nonostante non venga fatto un espresso riferimento al diritto alla vita, esso viene ricavato a contrario: l'inammissibilità della pena di morte è una proiezione della garanzia accordata al fondamentale bene della vita<sup>8</sup>.

Altra disposizione dalla quale è ricavabile il diritto alla vita è l'articolo 13 Cost. che riconosce il supremo diritto alla libertà personale, e vieta ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. A questo proposito è stato affermato<sup>9</sup> che la libertà personale sia un nucleo indefettibile dell'individuo ed essa sia strettamente connessa al diritto alla vita e all'integrità fisica.

---

<sup>6</sup> Diversamente, l'articolo 2 della CEDU stabilisce esplicitamente il diritto alla vita: *Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita [...]*.

<sup>7</sup> Carretti P., *I diritti fondamentali, libertà e diritti sociali*, Giappichelli Editore, Torino 2011, p. 186

<sup>8</sup> Cort. Cost., sent. N. 223/1996

<sup>9</sup> Cost. Cost. sent. N 238/1996

Infine, non può che essere richiamato l'art. 2 Cost. il quale sancisce l'inviolabilità dei diritti fondamentali della persona<sup>10</sup>. Stante ciò, la Corte Costituzionale ha ritenuto che tra i diritti fondamentali riconosciuti all'individuo rientri anche il diritto alla vita<sup>11</sup>.

Più problematico, invece, è stabilire se di questa vita ognuno ne possa disporre.

Per rispondere a tale interrogativo è necessario analizzare la norma che tutela il diritto alla salute; verrà quindi esaminato il principio del consenso informato, per poi passare all'analisi del diritto di rifiutare trattamenti sanitari, facendo riferimento alle interpretazioni prevalenti formulate nel tempo dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

### 1.2.1 (Segue) Il consenso informato

Come noto, l'articolo 32 Cost. tutela il diritto alla salute; quest'ultima, secondo l'Organizzazione Mondiale della Sanità, è definibile come uno «*stato di completo benessere fisico, psichico e sociale e non semplice assenza di malattia*». Si tratta quindi di un concetto molto ampio che ricomprende tutti gli aspetti della personalità dell'individuo, non solo l'aspetto puramente fisico dell'assenza di malattia<sup>12</sup>.

La salute è un diritto fondamentale dell'individuo, oltre che interesse della collettività; conseguentemente, essere curati rappresenta un diritto (art. 32, I comma, Cost.).

Al secondo comma, l'art. 32 Cost. impedisce che possano essere realizzati trattamenti sanitari contro la volontà dell'individuo<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Carretti, *I diritti fondamentali*, cit. p. 172

<sup>11</sup> Cort. Cost. sent. N 35/1997

<sup>12</sup> Cfr. Palermo Fabris E., *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale. Profili problematici del diritto all'autodeterminazione*, Padova, CEDAM, 2000

<sup>13</sup> Art. 32, II comma, Cost «*Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge*». La previsione evidenziata in grassetto introduce il tema dei TSO (trattamenti sanitari obbligatori); affinché essi siano costituzionalmente legittimi è richiesto il rispetto dei seguenti requisiti: A) devono essere previsti da una legge che con chiarezza espliciti l'obbligatorietà del

Sfruttando questo riferimento normativo, gli interpreti sono arrivati a riconoscere il principio del consenso informato e il conseguente diritto di rifiutare trattamenti sanitari anche se, dal rifiuto, consegue l'evento-morte. Molto brevemente si può riassumere il percorso interpretativo<sup>14</sup> partendo dagli anni '90, periodo nel quale si iniziò a dare un riconoscimento rilevante al consenso prestato dal paziente sottoposto a trattamenti medici. In particolare nel "caso Massimo"<sup>15</sup>, un medico aveva realizzato determinati trattamenti sanitari senza il consenso della malata; successivamente, la paziente era deceduta per complicanze. Stante ciò, il medico veniva processato e condannato per omicidio preterintenzionale. Al di là delle argomentazioni le quali hanno sorretto la sentenza di condanna<sup>16</sup>, ciò che in questa sede interessa rilevare è il fatto che l'intervento chirurgico prestato in assenza del consenso della paziente sia stato considerato quale una condotta dolosa finalizzata alla realizzazione di lesioni personali sul corpo della malata. Questa sentenza fu pertanto il segno dell'intenzione della giurisprudenza di voler lanciare un monito, sancendo la necessità di rispettare le volontà della paziente, attenendosi al consenso prestato o rispettando il dissenso precedentemente reso.

Negli anni a seguire, è riscontrabile nelle decisioni della giurisprudenza la volontà di applicare ampiamente il diritto scaturente dall'art. 32, II comma, Cost., riconoscendo, quindi, una piena autodeterminazione del paziente in materia del diritto alla salute, attraverso la valorizzazione del

---

trattamento; B) devono essere rispettosi della persona umana. Relativamente a questo senso punto è opportuno aggiungere la necessità del rispetto di questi ulteriori requisiti: fondatezza tecnico-scientifica della necessità del trattamento sanitario, sia a livello collettivo che a livello individuale; insufficienza di trattamenti meno radicali o comunque preferiti dal soggetto; finalità non discriminatoria del trattamento; impiego di modalità atte a salvaguardare la persona da sacrifici non necessari ai propri interessi. Inoltre, un trattamento sanitario obbligatorio può considerarsi legittimo solo se sia volto alla contestuale tutela degli interessi individuali e collettivi. A riguardo si veda Carretti, *I diritti fondamentali*, cit., p. 526

<sup>14</sup> Cfr. Vallini A., *Pianificazione delle cure, medicina palliativa. I nuovi paradigmi del fine vita*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, fasc. 3, p. 1139 ss.

<sup>15</sup> Corte d'Assise di Firenze 18.10.90; Cass. pen. 21.4.92

<sup>16</sup> Cfr. Melillo G., *Condotta medica arbitraria e responsabilità penale*, in *Cass. pen.*, fasc. 1, 1993, p. 63 ss.

consenso informato<sup>17</sup>. In particolare, sono rinvenibili sentenze<sup>18</sup> ove si è riconosciuta la necessità di rispettare il rifiuto delle emotrasfusioni opposto dai testimoni di Geova<sup>19</sup>; il divieto di procedere ad alimentazione forzata dei detenuti<sup>20</sup>; e il riconoscimento della liceità del rifiuto prestatto dal paziente di essere sottoposto ad intervento chirurgico, per amputazione di un arto in cancrena<sup>21</sup>. Con i casi Welby ed Englaro, infine, il consenso informato e il diritto di rifiutare le cure riceveranno il loro più importante riconoscimento<sup>22</sup>.

In definitiva, si può evidenziare che il consenso informato veniva ricavato sulla base dell'art. 32 Cost.; oltre a ciò, fornivano un fondamentale punto di riferimento anche la Convenzione di Oviedo<sup>23</sup>, il

---

<sup>17</sup> Cfr. Giunta F., *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2, 2001, p. 377 ss.

<sup>18</sup> Cupelli C., *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire e omettere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 3, 2009, p. 1151-1152

<sup>19</sup> Cass. civ. 23 febbraio 2007, n. 4211, in *Corr. Giur.* 2008, p. 1671; Cass. civ., 15 sett. 2008, n. 23676, in *Corr. Giur.*, 2008, p. 1671;

<sup>20</sup> C. Appello Milano, 30 dicembre 1981, Valentino, in *Foro.it*, 1983, II, 234

<sup>21</sup> Cfr. Seminara S., *Sul diritto di morire e sul divieto di uccidere*, in *Dir. proc. pen.*, 2004, p. 533 ss.

<sup>22</sup> *Infra* cap. 1, par. 1.5.1 e 1.5.2

<sup>23</sup> Articolo 5: «Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso.»



codice di deontologia medica<sup>24</sup>, ed altre norme di rango ordinario<sup>25</sup>. Questi riferimenti normativi, in aggiunta all'evoluzione giurisprudenziale richiamata, hanno favorito l'emanazione della recentissima legge 219 del 2017; mediante essa, infatti, è stato tipizzato il principio del consenso informato, ed è stato riconosciuto il diritto di disporre anticipatamente per eventuali e futuri trattamenti sanitari<sup>26</sup>.

Alla luce di ciò, il consenso informato assume un ruolo centrale nel rapporto medico-paziente; il malato ha diritto di autodeterminarsi in ambito sanitario, e può, quindi, scegliere tra l'alternativa di consentire o rifiutare il trattamento medico.

Per quanto riguarda il terapeuta, egli è investito della posizione di garanzia (classificabile come posizione di protezione<sup>27</sup>); essa può derivare da una norma di legge<sup>28</sup> o da un contratto di assistenza privata, o comunque si ritiene che trovi fondamento negli stessi principi di rango

---

<sup>24</sup> Codice di deontologia medica del 2006, art. 33, I comma: «*Il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate.*»; Art. 35 “Acquisizione del consenso”: «*Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente. Il consenso, espresso in forma scritta nei casi previsti dalla legge e nei casi in cui per la particolarità delle prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche o per le possibili conseguenze delle stesse sulla integrità fisica si renda opportuna una manifestazione documentata della volontà della persona, è integrativo e non sostitutivo del processo informativo di cui all'art. 33. Il procedimento diagnostico e/o il trattamento terapeutico che possano comportare grave rischio per l'incolumità della persona, devono essere intrapresi solo in caso di estrema necessità e previa informazione sulle possibili conseguenze, cui deve far seguito una opportuna documentazione del consenso. In ogni caso, in presenza di 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. Il medico deve intervenire, in scienza e coscienza, nei confronti del paziente incapace, nel rispetto della dignità della persona e della qualità della vita, evitando ogni accanimento terapeutico, tenendo conto delle precedenti volontà del paziente.*».

<sup>25</sup> Legge istitutiva del servizio sanitario nazionale n. 833/1978, art. 33 “Norme per gli accertamenti ed i trattamenti sanitari volontari e obbligatori”: «*Gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma **volontari***»; legge che disciplina le attività trasfusionali e della produzione di emoderivati n. 219/2005 prevede che «*sono consentiti la donazione di sangue o di emocomponenti [...] purché in persone di almeno diciotto anni di età previa espressione del **consenso informato** e verifica della loro idoneità fisica*»;

<sup>26</sup> *Infra*, cap. 1, par. 1.6

<sup>27</sup> De Francesco, *Diritto penale*, cit., p. 194

<sup>28</sup> La legge N. 833/1978 che ha istituito il SSN prevede l'obbligo del personale sanitario di tutelare la salute individuale e collettiva (artt. 14, 25)

costituzionale, in particolare nell'art. 2 Cost., e nella norma che tutela il diritto alla salute<sup>29</sup>. Dalla posizione di garanzia del sanitario deriva l'obbligo giuridico di agire (in concreto) a tutela degli interessi del malato; tale obbligo, però, viene limitato dalla cosciente, libera ed informata opposizione dell'interessato<sup>30</sup>. Ciò significa che in assenza del consenso del paziente, il medico non è legittimato a praticare atti terapeutici. Quindi, il dissenso prestato dal malato fa venir meno l'obbligo di garanzia del sanitario; da ciò ne consegue che, mancando il l'obbligo di agire, il sanitario non potrà ritenersi responsabile penalmente *ex art. 40, II comma* per un eventuale decorso o aggravamento della malattia del paziente.

Impostata la questione in questi termini, è doveroso chiedersi a quale titolo la condotta del sanitario venga considerata lecita. La questione necessita di essere risolta dal momento che l'azione del sanitario è suscettibile di ledere l'integrità psicofisica degli individui, essendo apparentemente idonea ad integrare, materialmente e soggettivamente, i reati di lesioni od omicidio; si pensi, ad esempio, al medico il quale amputi la gamba al paziente con la finalità di impedire l'ulteriore estensione di un fenomeno infettivo, o ancora, al medico che esegua un trattamento acconsentito dal paziente, ma avente esito infausto, tale per cui ad esso consegua la morte del soggetto. Tali esempi rappresentano condotte apparentemente lesive dell'integrità psicofisica del paziente; per le quali, però, è stato prestato il consenso. Il quesito che si solleva, quindi, è determinare sulla base di quale riferimento normativo la condotta del sanitario debba considerarsi lecita, e di conseguenza, determinare quale ruolo assuma, riguardo a ciò, il consenso del paziente. In particolare, si alternano impostazioni che attribuiscono ad esso il

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, De Francesco, p. 194

<sup>30</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, , *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*, 24 ottobre 2008, in [www.bioetica.governo.it](http://www.bioetica.governo.it), p. 6

rilievo di scriminante, a impostazioni che gli attribuiscono il rilievo di causa di esclusione della tipicità.

Partiamo dall'analisi delle prime: parte della dottrina ritiene che il consenso informato operi quale causa di giustificazione rilevante ai sensi dell'art. 50 c.p.<sup>31</sup>. Secondo questa impostazione, quindi, l'attività medico-chirurgica avrebbe un'intrinseca natura illecita, essendo sempre suscettibile di integrare gli estremi di un fatto di reato; sennonché il consenso prestato dall'avente diritto servirebbe a scriminare la condotta posta in essere dal sanitario. In questo senso, onde evitare che possano essere mosse obiezioni basate sull'art. 5 c.c. (la norma impedisce, in linea di principio, che possa essere prestato il consenso per atti lesivi dell'integrità fisica), i sostenitori di questa tesi hanno tentato di rimodulare la portata applicativa della norma civilistica, sostenendo, ad esempio, che essa si riferisca ai soli atti "sfavorevoli" al paziente, e mai agli atti "favorevoli"<sup>32</sup>. In alternativa, altri hanno sostenuto che la disposizione del codice civile non si applichi all'ambito medico; dal momento che il diritto all'autodeterminazione sanitaria (art. 32 Cost) deve considerarsi prevalente rispetto ad ogni norma di rango inferiore<sup>33</sup>. In ogni caso, il riferimento alla scriminante del consenso prestato dall'avente diritto presenta il suddetto limite: è necessario che il paziente sia in grado di esprimere validamente il proprio consenso. L'art. 50 c.p., pertanto, non soccorre nell'ipotesi in cui il paziente sia incapaci ad autodeterminarsi. A tale ultimo proposito, per legittimare interventi medici su soggetti incapaci di prestare il consenso, parte della dottrina fa riferimento alla scriminante dello stato di necessità *ex art. 54 c.p.*<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> Viganò F., *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1, 2004, p. 181; Palermo Fabris, *Diritto alla salute*, cit., p. 113 ss.; cfr. Martiello G., *La responsabilità penale del medico tra punti (quasi) fermi, questioni aperte e nuove frontiere*, in *Criminalia*, 2007, p. 330; Manna A., *Trattamento sanitario arbitrario: lesioni personale e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *Indice Penale*, 2004, p. 451

<sup>32</sup> Viganò, *Profili penali*, cit., p. 182

<sup>33</sup> Martiello, *La responsabilità penale*, cit., p. 330

<sup>34</sup> Manna, *Trattamento sanitario arbitrario*, cit., p. 453

(purché, in ogni caso, vi sia un pericolo imminente di grave danno per la persona, non altrimenti evitabile se non mediante l'intervento del medico, e in presenza del rapporto di proporzionalità tra pericolo e atto). Invero, il riferimento a tale esimente sembrerebbe essere errata<sup>35</sup>; lo stato di necessità, infatti, legittima condotte offensive di beni giuridici altrui in conseguenza ad una situazione necessitante, definibile come commissione di un fatto «*per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona*»<sup>36</sup>. Diversa cosa, invece, sono le situazioni di urgenza di fronte alle quali può trovarsi il sanitario nell'ipotesi in cui debba praticare atti medici su di un paziente impossibilitato a prestare il consenso. Ciò vale a dire che non possano essere sovrapposti il concetto di situazione necessitante (preso in considerazione dalla scriminante) e il concetto di situazione di urgenza. Premesso ciò, deve osservarsi che l'art. 54 c.p. non possa porsi a legittimazione dell'attività medico-chirurgica per due ordini di ragioni: in primo luogo il medico non si trova a dover dirimere alcun conflitto di interessi, così come richiesto dalla norma; in secondo luogo, egli è tenuto giuridicamente, in virtù della posizione di garanzia che riveste, ad intervenire a tutela della salute del paziente in stato incapacitante. In effetti, se il sanitario è tenuto giuridicamente ad agire, non potendo egli astenersi dal porre in essere atti volti alla salvaguardia della salute del paziente in stato incapacitante, non si vede perché dovrebbe essere utilizzato il riferimento all'art. 54 c.p. per legittimare, in questa ipotesi, l'attività medico-chirurgica. È in questi termini, quindi, che non si ritiene sostenibile il riferimento allo “stato di necessità”.

Continuando l'analisi delle posizioni dottrinali che sostengono la liceità dell'attività medica nelle cause di giustificazione, deve ricordarsi il riferimento operato nei confronti dell'art. 51 c.p. In particolare, la norma

---

<sup>35</sup> Amore N., *sub art. 54*, in *Codice penale*, a cura di Padovani T., con il coordinamento di Caputo A., De Francesco G., Fidelbo G., Vallini A., Milano, 2019, p. 469

<sup>36</sup> Art. 54 c.p.

viene richiamata sia per quanto riguarda la scriminante dell'esercizio di un diritto, che per quanto riguarda per la scriminante dell'adempimento di un dovere. A proposito di quest'ultima, l'attività medica viene considerata lecita in quanto doverosa; il sanitario, infatti, rivestendo la posizione di garanzia nei confronti del paziente, e per ciò è tenuto ad agire. In un simile contesto, il consenso prestato dal malato funge da criterio di contenimento dell'obbligo di cura<sup>37</sup>: una volta che il paziente abbia prestato il proprio assenso, il sanitario avrà il dovere di intervenire; in caso di mancanza del consenso, il medico sarà obbligato ad astenersi dall'attività. Per quanto riguarda, invece, il riferimento alla scriminante dell'esercizio di un diritto, parte della dottrina<sup>38</sup> sostiene che l'attività dei medici debba considerarsi lecita in quanto è un'attività giuridicamente autorizzata dallo Stato, in ragione della sua utilità sociale (art. 32 Cost.); ciò lo si evince da tutta la complessa struttura che l'ordinamento ha predisposto: ministero della salute, rete di istituzioni, enti, vasta e minuziosa disciplina, e così via. In questo senso quindi, il sanitario che agisca sarà scriminato, in quanto sta esercitando il proprio diritto a curare; il consenso prestato dal paziente, però, si porrà come limite interno per l'attività medica, dovendo aver riguardo, in ogni caso, all'autodeterminazione del soggetto sottoposto al trattamento sanitario<sup>39</sup>.

Sempre attinente al piano dell'antigiuridicità, deve essere ricordata anche la teoria della scriminante costituzionale<sup>40</sup>: secondo tale impostazione, infatti, l'attività sanitaria vanterebbe un'intrinseca legittimità (sulla base delle norme costituzionali di cui agli artt. 2, 32, I

---

<sup>37</sup> Martiello G., *La responsabilità penale*, cit., p. 336

<sup>38</sup> Mantovani F., *Diritto penale, parte generale*, CEDAM, 2015, p. 272; Palazzo F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli Editore, Torino, 2013, p. 424

<sup>39</sup> Manna, *Trattamento sanitario arbitrario*, cit., p. 455

<sup>40</sup> Sostenuta da Cass. Pen., Sez. un., 21 gennaio 2009 (ud. 18 dicembre 2008), n. 2437, in *Riv. it. med. leg. (e del diritto in campo sanitario)*, 2009, p. 1063; cfr. nota a sentenza Viganò F., *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio) delle Sezioni Unite*, in *Cass. Pen.*, fasc. 5, 2009, p. 1811

comma, Cost.). Se, infatti, ogni individuo gode del diritto alla salute, l'attività medica (che è finalizzata, appunto, alla tutela della salute) deve considerarsi lecita: essa, infatti, persegue una finalità tutelata costituzionalmente. Con ciò, però, l'impostazione in esame non vuole sostenere che l'attività sanitaria sia sconfinata; invero, sarà il consenso dell'avente diritto (ex art. 32, II comma, Cost.) a determinare il limite per la sua esecuzione. Detto in altre parole: l'attività medica è legittima in quanto la sua liceità deriva direttamente dalle norme costituzionali; ciò, però, non significa che possa essere eseguita senza limiti, dovendo sempre rispettare il consenso/dissenso prestato dal paziente (art. 32, II comma, Cost.). In questo senso, quindi, viene sostenuta l'atipicità del trattamento medico eseguito *leges artis*, previo consenso dell'avente diritto, ed avente esito fausto. Al contrario invece, qualora l'intervento medico presenti i caratteri sopra detti (consenso e rispetto delle regole dell'arte medica), ma l'esito sia infausto, esso dovrà considerarsi tipico; senonché l'intervento risulterà scriminato sulla base delle norme costituzionali di cui agli artt. 2, 13, 32 Cost.<sup>41</sup>. È in questo senso, quindi, che viene in gioco la scriminante costituzionale.

Da ultimo, infine, merita ricordare la posizione di coloro che sostenevano la liceità dell'attività medico-chirurgica sulla base di scriminanti "non codificate"<sup>42</sup>. In sostanza, veniva ritenuto che affianco alle scriminanti previste dal codice penale, ve ne fossero ulteriori, non espressamente tipizzate<sup>43</sup>. In particolare, si riteneva che l'attività medico-chirurgica dovesse considerarsi lecita in quanto volta verso un superiore interesse sociale ed individuale; vale a dire la tutela della salute di ogni persona.

---

<sup>41</sup> Cappellini A., *L'orizzonte del dolo nel trattamento medico arbitrario. Un'indagine giurisprudenziale*, in *Riv. it. med. leg. (e del diritto in campo sanitario)*, fasc. 3, 2016, p. 947; Viganò, *Omessa acquisizione*, cit., p. 1812-1813

<sup>42</sup> Antolisei F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 317

<sup>43</sup> Affianco all'attività medico-chirurgica oggetto di questo studio, ricordiamo che anche l'attività sportiva, nella sua configurazione violenta, viene considerata lecita sulla base di una scriminante non codificata.