



MARCO BILLI

**IL CONSENSO INFORMATO
IN AMBITO
MEDICO-CHIRURGICO.
LA LEGGE 219 DEL 2017
E IL CASO CAPPATO**





aracne



ISBN
979-12-5994-128-2

PRIMA EDIZIONE
ROMA MAGGIO 2021

INDICE

9 *Introduzione*

Parte I

Il consenso informato. La legge n. 219 del 2017

15 Capitolo I

L'attività medico-chirurgica. Funzione del consenso

I.1. Il riconoscimento normativo del ruolo del consenso. La l. 22 dicembre 2017 n. 219, 21.

25 Capitolo II

La legge n. 219/17

2.1. Articolo 1. I principi generali di riferimento del consenso informato, 25 – 2.1.1. La relazione tra il medico e il paziente. La comunicazione come tempo di cura, 30 – 2.1.2. Oggetto della comunicazione tra medico e paziente, 33 – 2.1.3. Requisiti e documentazione del consenso informato, 36 – 2.1.4. Rifiuto o revoca del consenso. La posizione del medico in caso di rifiuto o revoca del consenso, 39 – 2.1.5. Le situazioni di emergenza o di urgenza, 42 – 2.1.6. La formazione dei medici in materia di comunicazione con il paziente, terapia del dolore e cure palliative, 43 – 2.1.7. Norme speciali che disciplinano l'acquisizione del consenso informato per determinati atti o trattamenti sanitari, 44 – 2.2. Articolo 2, 47 – 2.2.1. Il ruolo del medico di medicina generale, 48 – 2.2.2. Il divieto dell'accanimento terapeutico, 49 – 2.3. Il consenso di minori e incapaci, 51 – 2.4. Le disposizioni anticipate di trattamento (DAT), 55 – 2.4.1. Il fiduciario, 57 – 2.4.2. Il requisito dell'attualità del consenso nelle

DAT, 57 – 2.4.3. Modalità di redazione delle DAT, 60 – 2.5. La pianificazione condivisa delle cure, 61 – 2.6. Art. 6. Norma transitoria, 64 – 2.7. Art. 7. Clausola di invarianza finanziaria, 65 – 2.8. Relazione del Ministero della salute alle Camere, 67.

71 **Capitolo III**

La legge n. 219/17 e l'obiezione di coscienza

3.1. L'obiezione di coscienza. Definizione. La vicenda di Antigone, 71 – 3.2. L'obiezione di coscienza in Italia, 75 – 3.3. Tipi diversi di obiezione di coscienza, 76 – 3.4. Obiezione di coscienza: antinomia effettiva o apparente?, 78 – 3.5. Il fondamento costituzionale dell'obiezione di coscienza, 80 – 3.6. Criteri di risoluzione dell'antinomia effettiva, 82 – 3.7. Le conseguenze della mancata previsione del diritto all'obiezione di coscienza nella l. 219/17, 84.

87 **Capitolo IV**

Questioni giurisprudenziali essenziali

4.1. Il consenso dell'avente diritto come elemento costitutivo della causa di giustificazione dell'art. 51 c.p. e come autonoma scriminante ex art. 50 c.p., 88 – 4.2. Il dissenso del paziente. Rapporti con l'art. 51 c.p., 89 – 4.3. Casi di irrilevanza del consenso, 94 – 4.4. Trattamento sanitario eseguito in assenza o oltre il consenso del paziente, 95 – 4.4.1. Intervento eseguito in assenza o oltre il consenso del paziente: esito fausto, 96 – 4.4.2. Intervento eseguito in assenza o oltre il consenso del paziente: esito infausto, 99 – 4.5. Trattamento sanitario eseguito nei confronti di paziente impossibilitato ad esprimere il consenso e in assenza di DAT, 101 – 4.6. La verifica dell'attualità della manifestazione di volontà espressa nelle DAT, 103.

Parte II

Il c.d. caso Cappato

113 **Capitolo I**

Il c.d. caso Cappato

1.1. Breve sintesi della vicenda sostanziale e processuale, 113.

119 **Capitolo II**

L'ordinanza della Corte d'assise di Milano del 14.2.18: la rimessione della questione di costituzionalità dell'art. 580 c.p.

2.1. La condotta di "rafforzamento", 119 – 2.2. La condotta di "agevolazione", 121.

127 **Capitolo III**

L'ordinanza n. 207/18 della Corte costituzionale

3.1. Ricostruzione del fatto e delle questioni sollevate dalla Corte d'assise di Milano,

- 127 – 3.2. Le eccezioni di inammissibilità, 130 – 3.3. La posizione della Corte costituzionale: la ragion d'essere attuale dell'incriminazione dell'aiuto al suicidio, 132 – 3.4. L'aiuto al suicidio in relazione alla dignità della persona. Il riferimento ai principi della l. 219/17, 15 – 3.5. La soluzione adottata: l'incostituzionalità differita, 139.
- 143 **Capitolo IV**
 Alcune osservazioni critiche sull'ordinanza n. 207/18 della Corte costituzionale
 4.1. Il bene giuridico tutelato dall'art. 580 c.p. Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale, 143 – 4.2. Il sindacato di ragionevolezza alla luce di alcune differenze tra l'interruzione di cure e l'aiuto al suicidio, 150 – 4.3. La tecnica decisoria adottata dalla Corte costituzionale, 152.
- 155 **Capitolo V**
 Il silenzio del legislatore e la declaratoria in incostituzionalità dell'art. 580 c.p. La sentenza n. 242/19 della Corte costituzionale
- 163 **Capitolo VI**
 La sentenza di assoluzione nei confronti di Cappato della Corte d'assise di Milano
- 171 **Capitolo VII**
 Brevi considerazioni conclusive
- 175 *Appendice*
 — Legge 22 dicembre 2017, n. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, 177
 — Legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, 181
 — Legge 15 marzo 2010, n. 38. Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore, 191
 — Ministero della salute. Relazione alle Camere ai sensi dell'articolo 8 della legge del 22 dicembre 2017, n. 219 recante "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento", del 10 maggio 2019, 207
 — Corte d'assise di Milano. Ordinanza n. 1 del 14 febbraio 2018, 215
 — Corte costituzionale. Ordinanza n. 207 del 24 ottobre 2018, 233
 — Corte costituzionale. Sentenza n. 242 del 25 settembre 2019, 245
 — Corte d'assise di Milano. Sentenza n. 8 del 23 dicembre 2019, 267
- 287 *Bibliografia*

INTRODUZIONE

Lo studio che segue è suddiviso in due parti.

Nella prima esamino il ruolo del consenso dell'avente diritto nell'ambito dell'esercizio dell'attività medico-chirurgica ed analizzo il testo della l. 219/17, ragionando in modo elementare sugli articoli di tale importante testo normativo.

Nella seconda parte, che chiaramente ruota insieme alla prima intorno al perno concettuale del consenso dell'avente diritto, esamino il c.d. caso Cappato, ossia la vicenda processuale che ha visto come imputato (poi definitivamente assolto) Marco Cappato e che ha tratto origine dalla vicenda personale di Fabiano Antoniani (Dj Fabo). Si tratta, anche in questo caso, di un tentativo di semplificazione dei concetti espressi nei diversi provvedimenti giudiziari che si sono succeduti nel corso dell'articolata vicenda processuale.

Ho piena consapevolezza di non avere la preparazione ed il bagaglio culturale di un professore universitario, ma la cosa importante è che non ho alcuna pretesa di esserlo.

Mi sono limitato a cercare di spiegare (forse prima a me stesso che al lettore) alcuni temi particolarmente delicati e a semplificare concetti giuridici spesso inaccessibili per i non addetti ai lavori.

Già soltanto il parlare degli argomenti affrontati in questo libro comporta, inevitabilmente, il prendere una posizione.

Io ho cercato di conservare un atteggiamento quanto più possibile neutrale, oserei dire "laico", ma nella materia in esame anche questo aggettivo potrebbe prestarsi a fraintendimenti.

Mi piace credere che questo approccio derivi da una sorta di deformazione professionale, dovendo il giudice sempre rimanere *super partes*, ma pren-

do atto che, molto più realisticamente, si è trattato della difficoltà di prospettare soluzioni forti, coerenti e convincenti.

Quando mi trovavo più o meno a metà del lavoro ho iniziato a chiedermi quali fossero le ragioni profonde del mio interesse alle questioni giuridiche trattate.

In realtà la mia attenzione alla materia è iniziata seguendo, nelle notizie di cronaca, le vicende processuali di Marco Cappato in relazione a quelle personali di Fabiano Antoniani. Solo in un secondo momento, di studio, mi sono documentato sul consenso informato e ho avuto modo di riflettere sulla l. 219/17.

Quando poi ho deciso di organizzare in uno scritto le nozioni apprese, mi sono confrontato con un problema: dovevo, potevo, indicare per nome i protagonisti delle vicende esaminate o sarebbe stato preferibile omettere ogni riferimento personale, menzionando le sentenze solo con il numero e la data e contrassegnando i soggetti coinvolti con lettere o sigle?

La soluzione che rendeva più comoda la scrittura e soprattutto meno arida la lettura mi creava imbarazzo.

Più andavo avanti nella ricostruzione degli avvenimenti, più mi rendevo conto della molteplicità e della profondità degli interessi coinvolti, infatti, più acquisivo consapevolezza del fatto che dietro ogni nome (di imputato o di paziente, ma anche di medico) c'era una storia di drammatici conflitti interiori, dietro ogni dettaglio di patologia descritto in un provvedimento giurisdizionale vi erano momenti interminabili di angoscia e di immenso, irrisolvibile dolore.

L'ostensione di elementi diagnostici, sebbene essenziale per definire le questioni giuridiche trattate, mi sembrava lesiva della riservatezza e della dignità delle persone coinvolte.

È stato a quel punto che mi sono reso conto che, probabilmente, la ragione profonda del mio interesse ai temi in questione derivava da un'esperienza personale che aveva qualche punto di contatto con l'imbarazzo che provavo.

Mi sono ripromesso allora (in un confronto con me stesso) che avrei accettato di mettere nero su bianco i nomi dei protagonisti delle vicende esaminate, all'unica condizione di fare almeno un cenno alla mia personale esperienza.

Solo con questo accorgimento mi sono sentito autorizzato, e mi sono permesso, di fare i nomi dei personaggi coinvolti nelle storie personali e processuali trattate.

Ho perso mio padre diversi anni fa. Da una condizione di assoluta normalità e di piena salute alla sua morte sono passati non più di quattro mesi, cadenzati da tre interventi chirurgici al cervello.

Prima di iniziare la convulsa trafila di trattamenti sanitari mio padre, che del controllo di sé, dei comportamenti, delle emozioni, delle reazioni, delle situazioni, aveva fatto una regola di vita, disse più volte e chiaramente che se, dopo il primo intervento (che allora si prospettava come l'unico necessario) avesse perso la sua lucidità, se fosse uscito dalla sala operatoria privo delle sue capacità cognitive e relazionali, noi familiari avremmo dovuto accompagnarlo in Svizzera e fare in modo che la sua vita terminasse.

All'epoca la l. 219/17 non era ancora in vigore e, comunque, la gravità e la spietata rapidità della sua malattia mi diedero solo il tempo di capire che il primo intervento non era stato risolutivo, così come i successivi.

Quando ho visto che le sue condizioni non miglioravano e che si era verificata esattamente la situazione temuta, ho fatto appena in tempo a capire che non sapevo davvero cosa fare.

E l'ho perso.

Sono passati diversi anni, ma quando ho iniziato a scrivere dei temi di questo libro, la mia esperienza personale (seppure diversa da quelle esaminate) mi ha consentito di capire profondamente due cose.

La prima. È davvero difficile individuare una disciplina normativa sul fine-vita. Le situazioni possibili sono molteplici ed eterogenee, gli interessi coinvolti sono fondamentali ed investono l'essenza stessa delle persone, la loro vita, la loro dignità, gli aspetti da disciplinare sono innumerevoli e l'individuazione di criteri, linee guida, normative, presuppone delicatissime operazioni di bilanciamento di beni essenziali spesso in contrasto tra loro.

La seconda. L'individuazione di una disciplina, la più completa e chiara possibile, su tutte le questioni connesse e collegate al tema del fine-vita però, proprio per questo, è indispensabile.

Ciascuno di noi ha davvero necessità di un riferimento normativo coerente, ponderato, ha bisogno di trovare nell'ordinamento dei criteri e delle norme di comportamento con i quali confrontarsi e misurare le proprie decisioni (come paziente o familiare di paziente) in momenti nei quali la lucidità e la capacità di orientarsi può venire travolta e rischiare di smarrirsi. Nella consapevolezza che, anche con l'aiuto del legislatore, riuscire a decidere in quelle situazioni non è affatto facile. Figurarsi senza.

Non penso che Fabiano o Pietro (si chiamava così mio padre) siano stati degli eroi.

Si sono trovati entrambi, loro malgrado, in una situazione senza possibilità di vie di fuga né di ritorno. Sono stati costretti a prendere una decisione anche se, solo qualche tempo prima, non immaginavano neanche, credo, di doversi confrontare con scelte così difficili e inappellabili.

Ma hanno avuto comunque il coraggio, nel contesto nel quale si sono trovati, di prendere delle decisioni. Difficili. Hanno trovato la forza di fare in prima persona, a loro spese, quel giudizio di bilanciamento tra opposti, fondamentali, valori e hanno deciso.

Ecco, credo che il legislatore debba sentirsi, in qualche maniera, come loro, costretto a decidere. I malati (non è neanche vero che sono pochi), come anche i loro familiari, non possono essere ignorati, non possono essere lasciati in balia di loro stessi e del loro dolore nelle situazioni estreme del fine-vita.

Il legislatore non deve compiere alcun atto di eroismo. Deve però avvertire l'urgenza e l'indifferibilità del decidere, esattamente come il malato terminale che solo qualche tempo prima non ha mai neanche riflettuto sulla tematica del fine-vita e, improvvisamente, si trova a dover fare (spesso anche in tempi ristretti) scelte estreme e inappellabili.

Il legislatore deve trovare il coraggio e la forza di intervenire.

Libero, sia chiaro, nei contenuti della disciplina da individuare. Ma deve intervenire.

È un interesse, un diritto di ciascuno di noi.

PARTE I

Il consenso informato. La legge n. 219 del 2017

CAPITOLO I

L'ATTIVITÀ MEDICO-CHIRURGICA FUNZIONE DEL CONSENSO

Nelle organizzazioni sociali complesse, come quella nella quale viviamo, esistono una serie di attività che risultano assolutamente necessarie per la collettività, ma lo svolgimento delle quali implica un ineliminabile margine di rischio per la tutela e la salvaguardia di beni-interessi anche di rango elevato quali la vita e l'integrità fisica dei singoli.

Il progresso tecnologico e la meccanizzazione della vita sociale hanno consentito, nel corso del tempo, un sempre maggiore sviluppo ed una progressiva efficacia di tali attività che di fatto sono diventate essenziali e irrinunciabili per la nostra società. Dalla esponenziale diffusione di tali attività, rischiose ma socialmente utili, è derivato un moltiplicarsi delle occasioni di esposizione a pericolo di beni-interessi rilevanti della persona.

Si consideri, a mero titolo esemplificativo, il caso della circolazione stradale. Trattasi senza dubbio di una attività ormai imprescindibile per la comunità, atteso che consente lo spostamento più rapido e a distanze un tempo inimmaginabili di merci e persone, ma che comporta una chiara esposizione a pericolo del bene dell'integrità fisica di molti soggetti, non solo di quelli attivamente interessati (chi si pone alla guida), ma anche di altri che ne possono risultare indirettamente coinvolti (il semplice passante che può essere travolto da un veicolo).

Per contemperare la possibilità di svolgimento di tale tipo di attività (e consentire il soddisfacimento conseguente dell'interesse generale e sociale alla circolazione), con la salvaguardia dell'altrettanto fondamentale interesse alla vita e all'integrità fisica dei singoli, l'ordinamento consente la circola-

zione stradale a condizione che tale attività venga svolta osservando una serie di specifiche norme di settore (ad es. il codice della strada).

In estrema sintesi e semplificazione (la tematica dei reati colposi, infatti, esula dalla presente trattazione) può affermarsi che nel caso in cui il conducente di un veicolo, violando una di tali norme cautelari di settore (ad es. violando una norma del codice della strada), cagioni una lesione a un altro conducente o ad un passante, potrà essere ritenuto responsabile di lesioni colpose.

Nel caso in cui, invece, nel corso di una attività di circolazione stradale posta in essere senza trasgressione di alcuna regola cautelare (né specifica né generica), si producano lesioni per un altro conducente o per un passante (ad es. per colpa altrui o dello stesso danneggiato o per fatto imprevedibile e inevitabile), il conducente non potrà essere ritenuto responsabile di lesioni.

L'esponenziale crescita del numero delle attività rischiose, ma (in quanto utili) consentite è indubbiamente uno dei fattori giustificativi del moltiplicarsi delle fattispecie di reato colposo nel nostro ordinamento.

Altra attività indubbiamente rischiosa, ma sicuramente utile è quella medico-chirurgica.

Lo svolgimento di una attività medico-chirurgica può generare, in molti casi, significative alterazioni di tipo anatomico e/o funzionale al paziente. Ciò può accadere non solo, come appare di immediata intuizione, nel caso in cui l'attività praticata consista nell'effettuazione di un intervento chirurgico, ma anche nel caso in cui il medico effettui una attività di tipo esclusivamente diagnostico (c.d. diagnostica invasiva) o anche si limiti alla somministrazione di farmaci che abbiano degli effetti collaterali.

L'attività medico-chirurgica, come tutte le attività che espongono a pericolo beni-interessi di particolare rilievo, è presidiata da un complesso di regole cautelari che ne disciplinano i presupposti e i modi di intervento. L'analisi delle fattispecie di reato colposo che possono venire integrate dagli esercenti la professione sanitaria allorché agiscano in violazione delle regole cautelari che presidiano il rispettivo settore di attività esula, tuttavia, dallo spettro di interesse della presente trattazione.

In questa sede interessa invece individuare, sul piano giuridico, quale può essere la giustificazione che consente di ritenere lecita (a quali condizioni e entro quali limiti) la condotta dell'esercente la professione sanitaria, prima ancora e indipendentemente da eventuali profili di colpa del medico nell'esecuzione della sua attività.

Non appare a tal proposito percorribile la strada, derivante da un approccio teorico di matrice tedesca, dell'azione socialmente adeguata, secondo la quale una condotta umana, anche se astrattamente punibile, non ha rilevanza penale quando (anche in assenza di una causa di giustificazione espressamente prevista dall'ordinamento) possa essere considerata socialmente utile e adeguata⁽¹⁾.

Il nostro sistema penale, infatti, ruota intorno al principio della legalità formale che impone la determinatezza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie penale, sia quelli positivi che quelli negativi. Da tale principio deriva la inammissibilità di cause di giustificazione o scriminanti non espressamente previste dalla legge ma, ad esempio, ricavabili dall'apprezzamento sociale della utilità di una determinata condotta indipendentemente dal suo contrasto con una norma.

Per rinvenire il fondamento logico-giuridico (e per individuare l'ambito e l'estensione) della liceità della condotta del sanitario, occorre assumere come parametri di riferimento i principi costituzionali dei doveri di solidarietà (art. 2 Cost.)⁽²⁾, dell'inviolabilità della libertà personale (art. 13, comma 1, Cost.)⁽³⁾ e del diritto alla salute (art. 32, Cost.)⁽⁴⁾.

È proprio facendo leva sul principio costituzionale del diritto alla salute che può riconoscersi il rilievo decisivo del consenso del paziente al quale, a determinate condizioni, può essere attribuito il valore scriminante della causa di giustificazione dell'art. 50 c.p. (consenso dell'avente diritto).

Assumendo come parametro costituzionale di riferimento la prima parte dell'art. 32, comma 1, Cost. (laddove si esplicita che la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo prima ancora che come

(1) È il caso della condotta del medico che, anche escludendo qualsiasi tipo di colpa nell'esecuzione della sua attività, interviene sul paziente e per ciò solo (ossia solo per il fatto che, nel corso di un'operazione, gli recida un tessuto o solo perché effettui una attività diagnostica di tipo invasivo o solo perché gli prescriba un farmaco con effetti collaterali), determini allo stesso una alterazione anatomica o funzionale astrattamente qualificabile come lesione.

(2) Art. 2 Cost.: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

(3) Art. 13, comma 1, Cost.: «La libertà personale è inviolabile».

(4) Art. 32 Cost.: «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

interesse della collettività), può ritenersi illecito qualsiasi intervento sull'individuo che invada la sua sfera personale o determini nei suoi confronti una qualsiasi alterazione di tipo anatomico e/o funzionale che non sia stato preventivamente dallo stesso consentito e autorizzato.

Il consenso del paziente, tuttavia, non può essere assunto come unico elemento giustificativo della liceità penale dell'attività medica.

Ciò in quanto, nel nostro ordinamento, l'operatività della causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.)⁽⁵⁾ non è assoluta e indiscriminata, ma soggiace al limite oggettivo della disponibilità del diritto. In altri termini il consenso non può essere prestato per qualsiasi interesse o diritto, ma soltanto per quegli interessi e per quei diritti che risultino disponibili per il singolo individuo, ossia per quelle situazioni giuridiche per la tutela delle quali lo Stato non vanta un proprio preminente interesse.

È evidente che tra i beni-interessi assolutamente indisponibili da parte del singolo individuo si annoverano quelli appartenenti allo Stato, per i quali l'eventuale consenso prestato dal singolo individuo rimane privo di efficacia scriminante rispetto ai delitti contro la personalità dello Stato.

Sono analogamente del tutto indisponibili da parte del singolo individuo beni-interessi riconducibili alla collettività indistinta (ad es. quelli protetti dai delitti contro l'ordine pubblico e la fede pubblica).

Tra i diritti del singolo, assolutamente indisponibile è il diritto alla vita.

Sul punto occorre una precisazione di interesse nella presente trattazione. Nel nostro ordinamento non è prevista la rilevanza penale del suicidio e, pertanto, il diritto alla vita appare disponibile per mano propria.

Non si può, tuttavia, disporre del diritto alla vita (propria) per mano altrui, come testimoniato plasticamente dalla presenza nel sistema penale delle fattispecie di cui agli artt. 579 e 580 c.p. (rispettivamente omicidio del consenziente e istigazione o aiuto al suicidio).

Risulta, invece, relativamente disponibile il diritto all'integrità fisica.

Ciascun individuo, infatti, non può disporre illimitatamente della propria integrità fisica in quanto lo Stato, tra i suoi obiettivi, annovera anche quello di assicurare che ciascuno rimanga in condizione di poter adempiere i propri doveri verso la collettività.

Si ritiene generalmente che l'art. 32, comma 1, Cost., nel tutelare la salute non solo come fondamentale diritto dell'individuo, ma anche come in-

(5) Art. 50 c.p.: «Non è punibile chi lede o oppone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporre».

teresse della collettività, ponga un invalicabile limite alla disponibilità della propria integrità fisica da parte del singolo. Tale limite viene individuato nel perimetro delineato dall'art. 5 c.c.⁽⁶⁾, riconosciuto come norma di portata e applicazione di carattere generale.

Sulla base di tale considerazione, dunque, il bene-interesse dell'integrità fisica è soltanto relativamente disponibile, in quanto risulta consentita una sua diminuzione o compressione solo temporanea e che possa essere riparata sul piano organico e funzionale. A mero titolo esemplificativo si considera ammessa la trasfusione di sangue o il trapianto di tessuti, ma non le menomazioni permanenti e irreversibili.

Il carattere non assoluto, ma relativo dell'operatività della causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto (che soggiace al limite oggettivo della disponibilità del diritto del quale si intende disporre e, per quanto attiene all'integrità fisica, al limite di cui all'art. 5 c.c.) rende evidente, come già anticipato, che il consenso del paziente non può essere assunto come unico elemento giustificativo della liceità penale dell'attività medica, in quanto non riesce a coprire il rischio di morte (il bene vita è indisponibile per mano altrui) o il rischio di diminuzione permanente dell'integrità fisica (che si pone oltre il limite dell'art. 5 c.c.), rischi chiaramente connessi all'esercizio dell'attività medico-chirurgica.

È da considerare, del resto, che non sempre il paziente risulta in condizione di manifestare il proprio consenso espressamente e nell'immediatezza della necessità dell'intervento medico.

L'insufficienza del consenso dell'avente diritto di cui all'art. 50 c.p., in tali specifici casi, a giustificare l'attività medico-chirurgica, impone il ricorso (come si vedrà più avanti nella presente trattazione) alla scriminante dell'adempimento del dovere o dello stato di necessità.

È tuttavia da precisare che, in ogni caso, non appare percorribile l'opzione teorica che ritiene di poter riconoscere nell'adempimento del dovere o nello stato di necessità cause di giustificazione valide, in linea generale, per l'esercizio dell'attività medico-chirurgica.

Il riconoscimento di una applicazione e di una validità generalizzata di tali scriminanti infatti, prescindendo del tutto dal consenso dell'avente diritto, caratterizzerebbe il rapporto tra il medico e il paziente secondo una

(6) Art. 5 c.c.: «Atti di disposizione del proprio corpo. Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume».

connotazione di tipo gerarchico-paternalistico che colliderebbe irrimediabilmente con il principio di rango costituzionale della libera autodeterminazione dell'individuo.

Nell'affrontare il problema dell'insufficienza del solo ricorso al consenso dell'avente diritto come causa di giustificazione dell'attività medico-chirurgica, la dottrina prevalente e la giurisprudenza maggioritaria hanno optato per una visione più articolata che coinvolge, oltre a quella dell'art. 50 c.p. (e ciò in generale, ossia anche indipendentemente dai limiti oggettivi del consenso dell'avente diritto, quando cioè il consenso rimanga entro tali limiti), anche un'altra scriminante, quella dell'esercizio del diritto (art. 51 c.p.).

Si ritiene in linea generale che l'attività medico-chirurgica può ritenersi scriminata dal consenso dell'avente diritto con la precisazione, però, che il consenso del paziente costituisce un presupposto essenziale della diversa scriminante dell'esercizio del diritto.

Questa opzione teorica intende per un verso salvaguardare il principio di rango costituzionale della libera autodeterminazione dell'individuo e, per altro verso, riconosce l'indiscutibile rilievo che nella organizzazione sociale e nell'ordinamento giuridico è attribuito all'esercizio dell'attività medico-chirurgica.

L'esercizio dell'arte medica a seguito (e nei limiti) del consenso dell'avente diritto (il paziente), dunque, consisterebbe nello svolgimento di una attività autorizzata, o più precisamente di una facoltà legittima. In altri termini il consenso validamente prestato dal paziente determinerebbe l'attribuzione al medico-destinatario di una facoltà legittima di agire.

Il consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.), dunque, consentirebbe di tipicizzare una fonte penalmente rilevante del diritto esercitabile ai sensi dell'art. 51 c.p.

Alcune facoltà legittime, infatti, discendono direttamente e immediatamente dall'ordinamento giuridico. Si tratta delle facoltà legittime previste dall'art. 51 c.p.

Altre facoltà legittime, invece, dipendono dalla volontà del titolare del bene-interesse eventualmente colpito dal loro esercizio. Si tratta, in questo caso, di facoltà che rinvergono la loro disciplina (e trovano i limiti della loro applicazione) nell'art. 50 c.p.

Seguendo questo filo logico può individuarsi una sorta di parallelismo