



LA LEGGE PER TUTTI
INFORMAZIONE E CONSULENZA LEGALE

Le scriminanti non codificate e l'attività medico chirurgica

Autore: Edizioni Simone | 28/05/2016



Cause di giustificazioni tacite; il consenso del paziente nell'ambito delle cure mediche.

Si intendono per **cause di giustificazione non codificate** o tacite le scriminanti non previste espressamente dalla legge e che hanno come effetto di rendere lecite talune condotte, astrattamente costituenti reato, pur in assenza di una norma giustificatrice che le consenta o le autorizzi. Alle stesse appunto si ricorre per

affermare la liceità di talune condotte che non appaiono riconducibili a nessuna delle cause di giustificazione codificate agli artt. 50 e ss. c.p. Il problema della loro ammissibilità si intreccia con quello della possibilità della applicazione analogica in bonam partem; una parte della dottrina, infatti, ritiene che il divieto di analogia riguardi solo le norme incriminatrici e non anche le esimenti, dato il loro carattere non strettamente penalistico e, di conseguenza, ammette la estensione analogica delle norme giustificanti anche ad ipotesi non espressamente contemplate dalla legge (Antolisei); chi invece ritiene il divieto di analogia assoluto nega ogni possibilità di applicazione analogica delle norme relative alle scriminanti; altri autori infine escludono la rilevanza pratica della categoria in quanto le ipotesi di scriminanti tacite più discusse (attività medico chirurgica ed attività sportiva violenta) sarebbero in realtà riconducibili alle scriminanti codificate (Mantovani).

L'attività medico-chirurgica

L'attività medica può avere diverse finalità; occorre infatti distinguere tra la attività terapeutica diretta al recupero della salute del paziente e l'attività estetica pura, di mera vanità. L'attività terapeutica è autorizzata dall'ordinamento per la sua evidente utilità sociale per cui, i fatti astrattamente conformi ad ipotesi di reato commessi nel suo svolgimento (es. lesioni personali, morte etc.) sono ritenuti scriminati; per alcuni l'attività medica da un punto di vista tecnico-giuridico è scriminata in base allo stato di necessità nel caso di interventi necessari, in base all'esercizio del diritto per quelli non necessari; per altra dottrina è sufficiente richiamare in ogni caso la scriminante dell'esercizio del diritto senza bisogno quindi di ricorrere ad una causa di giustificazione non codificata rientrando appunto l'attività nell'ambito previsionale dell'art. 51 c.p. (Mantovani).

In ogni caso, presupposto indefettibile di liceità della **attività terapeutica** è il **consenso del paziente** che in questo caso non funge da **causa di giustificazione** ma costituisce naturale espressione del principio di **libertà individuale** inteso anche come libertà di rifiutare le cure mediche in ossequio al principio sancito dall'art. 32 Cost. e con le eccezioni previste in materia di

trattamento sanitario obbligatorio a causa della pericolosità per sé e per gli altri del soggetto. Il consenso del paziente ha efficacia, come causa giustificatrice, se viene prestato volontariamente nella piena consapevolezza delle conseguenze lesive all'integrità personale, sempre che queste non si risolvano in una menomazione permanente, la quale fa perdere di rilevanza al consenso prestato (Cass. 20-1-1989, n. 594). Il consenso deve essere reale ed informato. Lo stesso può essere presunto nei casi di incapacità materiale a consentire (es. stato di incoscienza o di coma) e di urgente necessità terapeutica che non consenta al medico, senza pregiudizio per la salute del paziente, di attendere la manifestazione di un consenso effettivo (sul consenso v. § 3).

Ricorrendo la finalità terapeutica ed il consenso del paziente, il medico non risponde delle sofferenze e delle lesioni arrecate al soggetto anche se queste abbiano determinato una menomazione della integrità fisica del soggetto se ciò è necessario per salvarlo da un male maggiore e quindi nell'ottica di un bilanciamento tra benefici e rischi del trattamento (es. amputazione di una gamba per evitare la mortale cancrena).

In tal caso, infatti, l'esito dell'intervento deve considerarsi comunque fausto, cioè migliorativo delle condizioni di salute del paziente anche in considerazione della possibile evoluzione della patologia in caso di omissione del trattamento. Sempre ricorrendo tutti i presupposti di liceità del trattamento anche se l'esito è infausto, nel senso di un aggravamento delle condizioni di salute del paziente o, addirittura, della morte dello stesso, qualora non si possa muovere al medico un rimprovero per violazione delle regole dell'ars medica, il medico andrà esente da responsabilità. Secondo alcuni autori ciò si spiega perché lo stesso si è mosso nell'ambito di un rischio consentito dall'ordinamento nell'autorizzare l'attività medica e quindi nessun rimprovero può essere mosso al medico e il fatto non costituisce reato per assenza di colpevolezza (Mantovani). Secondo altri invece opererebbe qui una causa di giustificazione non codificata che ha fondamento nell'alto valore dell'attività medica finalizzata al recupero della salute del paziente. Qualora invece, fermo restando il consenso al trattamento medico, l'esito sfavorevole dipenda da colpa professionale del medico questi risponderà a titolo di colpa dell'evento cagionato; si pongono qui le questioni relative al concetto di

colpa professionale (v. Cap. 11 §7). Di recente le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono intervenute, sia pure incidenter tantum, in merito alla questione concernente l'esecuzione dell'intervento medico-chirurgico non urgente né indifferibile avvenuto senza valido consenso da parte del paziente (Cass., S.U., 21 gennaio 2009, n. 2437). A fronte di consolidati pregressi orientamenti giurisprudenziali che inquadravano la condotta del medico ora nel reato di violenza privata (ex art. 610 c.p.), ora nel delitto di lesioni personali ex art. 582 c.p., le Sezioni Unite optano per l'irrelevanza penale della condotta del medico che realizzi comunque un esito favorevole per il paziente.

Le argomentazioni addotte dalla pronuncia evidenziano un mutamento di rotta della giurisprudenza di legittimità, nel senso che la materia della liceità della terapia medico-chirurgica va analizzata non già sotto il profilo della antigiuridicità, e cioè verificando se il medico possa invocare o meno una causa di giustificazione, bensì esclusivamente sul piano della tipicità oggettiva. Questione completamente diversa si è posta relativamente ai casi di rifiuto espresso del paziente a sottoporsi a specifiche terapie, soprattutto laddove da tale scelta dipenda un serio pericolo per la salute e, talora, per la vita. A tal riguardo, non sono sorti problemi nel caso in cui il trattamento terapeutico prescritto sia obbligatorio per legge, essendo qui la volontà di autodeterminazione del singolo assolutamente irrilevante o comunque recessiva rispetto alla preventiva valutazione del legislatore (ex art. 32 Cost.), perché in tale ipotesi l'intervento verrà scriminato ex art. 51 c.p., sub specie di esercizio del diritto, purché nei ristretti limiti apposti dalle cd. *leges artis*. Più delicata è apparsa la questione per il caso di trattamento necessario ed urgente. Sul punto emergono distinti orientamenti, giunti ognuno a soluzioni tra loro discordanti sulla base del diverso peso attribuito ai due principi in conflitto tra loro, la libertà di autodeterminazione del soggetto, da un lato, e l'esigenza di salvaguardia della salute e della vita dell'individuo, dall'altro. In prima battuta si è posto l'indirizzo, minoritario, secondo il quale incomberebbe sul medico l'obbligo di porre in essere interventi di sostegno vitale in ragione della posizione di garanzia rivestita dal medico e della sussistenza nel nostro ordinamento di un presunto «dovere di vivere» quale limite implicito al diritto di rifiutare le cure. La posizione allo stato prevalente tende a riconoscere significato preminente ed assoluto al rifiuto di cure. Ciò sembra derivare da un'attenta lettura della norma costituzionale che, ex art. 32 co. II Cost., in una prospettiva liberale ed individualistica, riconosce

chiaramente l'illiceità di qualsiasi trattamento sanitario che sia intervenuto contro la volontà del paziente, salvo i casi tassativamente previsti dal legislatore.

La ricostruzione anzidetta si è sviluppata altresì in occasione del **caso Welby**, laddove la soluzione accolta dal giudice di merito è stata quella secondo cui il medico che asseconda la volontà manifestata dal paziente di non sottoporsi a trattamenti di sostegno vitale gode della causa di giustificazione dell'adempimento del dovere (G.U.P. di Roma, 27 luglio 2007, n. 2049). Il **diritto di rifiutare le cure** ha assunto rilevanza anche con riferimento al caso dei testimoni di Geova, e quindi al rifiuto dagli stessi opposto a sottoporsi ad emotrasfusioni. La Cassazione in tali occasioni è giunta ad affermare il generale principio secondo cui il paziente è titolare di un vero e proprio diritto a non curarsi, anche nelle ipotesi in cui ciò comporti il rischio stesso della vita; ciò è ammesso sempreché il dissenso alle cure sia validamente prestato, e cioè sia espresso, inequivoco ed attuale (Cass. Civ., sez. III, n. 23676/2008). La giurisprudenza di legittimità si è ulteriormente espressa anche in relazione alla diversa ipotesi in cui il paziente, sopravvenuto uno stato di incoscienza, non sia in grado di confermare il rifiuto alle cure mediche. Accanto alle tesi volte, ora, a ritenere doveroso l'intervento del medico, ora, a considerare in via presuntiva il consenso del paziente incosciente, perché ritenuto immanente l'istinto di autoconservazione di ogni essere vivente, si è da ultimo affermata quella teoria in base alla quale il medico deve necessariamente verificare l'effettiva riferibilità di quel dissenso al modificato quadro clinico ed alle nuove cure resesi necessarie, ciò in conformità dell'art. 9 della Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo la biomedicina, per cui «i desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte del paziente che al momento dell'intervento non è in grado di manifestare la propria volontà, saranno presi in considerazione». Il problema della rilevanza del consenso non più confermabile è stato esaminato altresì dalla giurisprudenza civile in relazione al caso di **Eluana Englaro**, in stato vegetativo permanente dal 1992, mantenuta in vita nonostante le continue richieste del padre di sospendere il sostentamento artificiale, sulla scorta della volontà manifestata dalla stessa Eluana antecedentemente al determinarsi della sua condizione di incoscienza.

La Suprema Corte, pertanto, ha in tale sede ammesso che il giudice possa

autorizzare l'interruzione del trattamento sanitario soltanto laddove concorrano due circostanze; in primo luogo, che lo stato vegetativo del paziente sia assolutamente irreversibile, senza alcuna possibilità di recupero della coscienza e della capacità di percezione; in seconda istanza, che risulti univocamente accertato, «sulla base della personalità e dei pregressi convincimenti etici, religiosi, culturali e filosofici del paziente, che questi, se cosciente non avrebbe prestato il suo consenso alla continuazione del trattamento (Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748)».



Il presente articolo è stato tratto dal volume edito da Edizioni Simone
MANUALE DI DIRITTO PENALE - PARTE GENERALE

Luigi Delpino - Rocco Pezzano, 2015

**SE VUOI LEGGERE TUTTO IL TESTO
ACQUISTA IL VOLUME CLICCANDO QUI**