



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2020 FASC. I

(ESTRATTO)

VINCENZO TIGANO

**IL DIVIETO DI ACCANIMENTO TERAPEUTICO NELLA SFERA DEL
DIRITTO PENALE: OBBLIGHI DI GARANZIA DEL MEDICO,
AUTODETERMINAZIONE DEL PAZIENTE E RISCHIO CONSENTITO**

7 GENNAIO 2020

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Vincenzo Tigano

Il divieto di accanimento terapeutico nella sfera del diritto penale: obblighi di garanzia del medico, autodeterminazione del paziente e rischio consentito*

ABSTRACT: *The prohibition of therapeutic obstinacy in the scope of criminal law: medical duties, patient self-determination and permitted risk*

The article aims to analyze how the prohibition of therapeutic obstinacy, provided by art. 2, para. 2, of the Law n° 219/2017, affects patient rights and medical duties, from the point of view of criminal law. The norm imposes an omissive behaviour on doctors and limits their duty to protect patient life, thus excluding that failure to prevent death-event can be equivalent to its causation, according to art. 40, para. 2, p.c. Art. 2, para. 2, performs also a precautionary function on patient's psycho-physical health: by marking the difference between permitted risk and radically prohibited risk in medicine, i.e. between therapeutic and non-therapeutic medical acts, the prohibition is identified as a precautionary abstention rule for doctors. Finally, the terms of a necessary reform of the law are outlined, by urging the legislator to avoid granting doctors too wide discretionary power and to give relevance back to patient will.

SOMMARIO: 1. Il divieto di ostinazione irragionevole nei trattamenti sanitari, l'eutanasia passiva e le cure palliative: necessarie distinzioni alla luce della legge n. 219/2017. – 2. Il presupposto di applicazione del divieto: la prognosi infausta a breve termine e la prognosi di decesso imminente del paziente. – 3. La complessa individuazione dei confini di operatività del divieto. – 3.1. La prognosi sull'inutilità o sproporzione dei trattamenti e sull'irragionevolezza nell'ostinazione alle cure: accanimento terapeutico “in senso stretto” e “in senso ampio”. – 3.2. La natura oggettiva dei criteri finalizzati all'individuazione dei benefici e dei rischi dell'intervento medico. – 4. I contenuti e gli effetti del divieto di accanimento terapeutico: la nozione di “trattamento” e “cura”, e le condotte omissive imposte al medico. – 5. (*segue*): Il divieto di accanimento terapeutico come limite agli obblighi di garanzia del medico: l'accertamento del giudice e il deficit di determinatezza della norma. – 6. (*segue*). I nuovi termini della relazione terapeutica tra paziente e medico nel contesto dell'accanimento terapeutico: l'irrelevanza della volontà di ricevere le cure e i trattamenti. – 7. Accanimento terapeutico e rischio non consentito: la responsabilità del medico per lesioni colpose. – 8. Riflessioni conclusive: verso un recupero del ruolo della volontà del paziente.

1. *Il divieto di ostinazione irragionevole nei trattamenti sanitari, l'eutanasia passiva e le cure palliative: necessarie distinzioni alla luce della legge n. 219/2017.*

Con una prima approssimativa definizione, l'accanimento terapeutico può essere inteso come l'applicazione di terapie su un paziente il cui quadro clinico consenta al medico di escludere *a priori* l'efficacia del suo intervento, da cui potrebbero discendere soltanto, o prevalentemente, rischi per la salute del malato.

La nozione trova una prima base normativa nell'art. 16 del codice di deontologia medica, in cui è presente il divieto di procedure e interventi inappropriati e sproporzionati, da cui non ci possa attendere un beneficio per la salute del paziente; ed oggi nell'art. 2, comma 2, della legge n. 219/2017¹, ove si prevede che «*Nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati*».

Sebbene la dottrina abbia talvolta collocato l'astensione del medico dalle terapie integranti l'accanimento terapeutico entro il concetto di “eutanasia passiva”², si può tracciare fin da adesso una

* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

¹ Legge 22 dicembre 2017, n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*.

² Così F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, 1016 ss.; P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato*, in *Dir. pen. cont.*, 22 maggio 2018, 3. *Contra* A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Giuffrè, Milano 1984, 77; M. RONCO, *L'indisponibilità della vita: assolutizzazione del principio*

sostanziale linea di confine tra i due fenomeni. Con l'espressione da ultimo menzionata si suole fare riferimento alla morte del malato come conseguenza del mancato inizio o della mancata prosecuzione di quei trattamenti o di quelle cure necessari a garantirne la sopravvivenza per un periodo apprezzabile di tempo: tipico esempio è quello relativo a soggetti affetti da gravissimi stati morbosi e tenuti in vita da presidi di sostegno quali l'idratazione, la ventilazione o il nutrimento artificiale in stato vegetativo permanente, la cui mancata applicazione o la cui interruzione ne determinerebbe il decesso³. Invece, nel caso dell'omesso "accanimento terapeutico", l'ipotetica applicazione dei trattamenti non sortirebbe alcun rilevante effetto migliorativo per la salute o per la sopravvivenza del paziente; o addirittura potrebbe arrecargli un pregiudizio, anche solo in termini di aumento delle sofferenze patite, così da soverchiare, secondo un giudizio di valore rimesso al medico, il previsto beneficio. La stessa legge 219 disciplina separatamente i due fenomeni, attribuendo, per ciascuno di essi, un diverso peso al consenso del malato: da una parte, riconosce il diritto del soggetto di rifiutare o di revocare il proprio consenso a essere curato (art. 1, co. 5)⁴, esimendo il medico da ogni tipo di responsabilità penale o civile per non averne impedito la morte, *ex art. 1, co. 6, prima parte*⁵; dall'altra, vieta al sanitario l'ostinazione irragionevole nelle cure e l'applicazione di trattamenti inutili o sproporzionati (art. 2, co. 2), non riconoscendo al paziente il diritto di manifestare una volontà contraria, *ex art. 1, co. 6, seconda parte*⁶.

Tralasciando, per ora, di affrontare la questione opposta, ossia se l'applicazione di trattamenti di sostegno vitale possa costituire una forma di accanimento terapeutico sul paziente⁷, e se quindi in certi casi possa essere preclusa dalla legge prima ancora che dalla volontà contraria dello stesso

autonomistico e svuotamento della tutela penale della vita, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 15, 2009, 20. Entrambi gli AA. sottolineano che l'omissione dell'intervento medico nei confronti di malati terminali sia di per sé rispettosa del diritto alla vita di quelli, e sia anzi intesa a evitare una strumentalizzazione dei pazienti in vista di scopi puramente sperimentali e in grado di arrecare inutili sofferenze agli stessi. Critico sulla progressiva dilatazione del concetto di "eutanasia pietosa" ad opera degli interpreti, è anche F. MANTOVANI, *Aspetti giuridici dell'eutanasia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, 449; ID., *Il problema della disponibilità del corpo umano*, in L. STORTONI (a cura di), *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, L'Editore, Trento 1992, 67.

³ Inquadra queste ipotesi nell'"eutanasia passiva", sicuramente lecita se avvenuta col consenso del destinatario delle cure, F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., 1018; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 89 ss., secondo cui il consenso del paziente integra non solo un presupposto di liceità del trattamento medico-chirurgico, ma anche (nella forma negativa del dissenso) un limite del dovere di cura, e dunque della posizione di garanzia del sanitario (91); M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, 913; F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 8; L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Giappichelli, Torino 2008, 30 ss.; ID., *Autodeterminazione del paziente e responsabilità penale del medico*, in *Ius17*, 2009, 443 ss. Invece la giurisprudenza e parte della dottrina ritengono che non possa nemmeno parlarsi di "eutanasia" qualora sia il malato a rifiutare le cure: *Cass. civ.*, sez. un., 4 ottobre 2007 – 16 ottobre 2007, n. 21748; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 693; M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Giappichelli, Torino 2001, 105; G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salva vita, tra attualità della sua espressione, rispetto da parte del giudice e doveroso esercizio per il beneficiario da parte dell'amministratore di sostegno (con qualche considerazione penalistica)*, in *Resp. civ. e previd.*, 2009, 3, 488.

⁴ «Ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, con le stesse forme di cui al comma 4, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. Ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento, con le stesse forme di cui al comma 4, il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento. Ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici».

⁵ «Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale».

Dopo l'ingresso della legge n. 219/2017, qualifica questa ipotesi come eutanasia passiva consensuale e lecita, P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita*, cit., 3.

⁶ «Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali».

⁷ Sull'assenza di "sproporzione" nei trattamenti di sostegno vitale, che ne escluderebbe l'inquadramento nel divieto di accanimento terapeutico, si veda *infra*, § 3.1.

malato (eventualmente manifestata anzitempo mediante il cd. “testamento biologico”, disciplinato dall’art. 4 della normativa in oggetto), va subito chiarito che nella proibizione non rientra certamente la somministrazione di cure palliative sul malato con prognosi infausta a breve termine o imminente. Queste ultime, infatti, consistono nell’applicazione di terapie aventi come fine l’attenuazione delle sue sofferenze, e non il prolungamento della sua sopravvivenza a costo dell’imposizione di affezioni fisiche. Non a caso, la legge n. 219 ha chiarito che è dovere del medico applicare la terapia del dolore (art. 2, co. 1)⁸, consentendogli anche la sedazione palliativa profonda, con il consenso del paziente (art. 2, co. 2, seconda parte)⁹.

Mentre rispetto all’eutanasia passiva e all’esecuzione di terapie palliative, il legislatore pare aver voluto porre un argine alla responsabilità penale del medico, lo stesso non può dirsi per il divieto di accanimento terapeutico. In questo caso, l’apparente limitazione del generale dovere medico di protezione della vita del paziente, apportata dalla norma, lascia aperte diverse questioni in ordine sia alla possibilità che il giudice ritenga indebita la previa astensione del sanitario, ritenendolo dunque responsabile di omicidio mediante omissione, sia alla funzione precauzionale che può essere riconosciuta al divieto in relazione alla tutela dell’incolumità psicofisica del paziente, pregiudicabile dal ricorso a terapie inutili o sproporzionate che, se effettivamente applicate, potrebbero rendere il medico responsabile di lesioni colpose. Come avremo modo di approfondire nel prosieguo, queste problematiche e contraddittorie conseguenze sul piano applicativo, potrebbero essere ricollegabili sia all’irrelevanza attribuita dal legislatore alla volontà del paziente di sottoporsi a trattamenti che per il sanitario integrerebbero “accanimento terapeutico”, sia al ricorso a parametri definitivi assolutamente indeterminati in relazione ai presupposti del divieto e alle stesse condotte proibite.

2. Il presupposto di applicazione del divieto: la prognosi infausta a breve termine e la prognosi di decesso imminente del paziente.

L’art. 2, co. 2, esordisce con una clausola mirata a individuare il presupposto del divieto di accanimento terapeutico: «*Nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte*». Il destinatario indiretto della proibizione – dato che quello diretto è il medico, a cui il precetto si rivolge espressamente – è dunque il malato che, per le particolari condizioni fisiche in cui versi e per il momento in cui sia stato sottoposto all’attenzione dei sanitari, abbia brevi prospettive di sopravvivenza.

Sul punto, va fatta una premessa. Sebbene la norma sia piuttosto equivoca sul punto, deve ritenersi che, come il termine «*imminenza*» – la cui adiacenza al complemento specificativo «*di morte*», non lascia spazio ad alcun dubbio per l’interprete –, anche l’espressione «*prognosi infausta a breve termine*» si riferisca al solo decesso del paziente: in altre parole, il divieto di accanimento terapeutico andrebbe riferito al solo malato prossimo alla morte, e non anche a quello il cui quadro clinico evidenzia che in breve tempo verrà a essere affetto da un’infermità¹⁰.

⁸ «*Il medico, avvalendosi di mezzi appropriati allo stato del paziente, deve adoperarsi per alleviarne le sofferenze, anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario indicato dal medico. A tal fine, è sempre garantita un’appropriata terapia del dolore, con il coinvolgimento del medico di medicina generale e l’erogazione delle cure palliative di cui alla legge 15 marzo 2010, n. 38*».

⁹ «*In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente*».

¹⁰ Così L. EUSEBI, [Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell’ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell’art. 580 c. p.](#), in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 428 ss., secondo cui l’art. 2, co. 2, si riferisce in modo esclusivo «alle fasi di fine vita», aggiungendo poi: «*nulla quaestio* rispetto a una delle espressioni utilizzate, vale a dire ai casi “di imminenza di morte”, trattandosi di un concetto sufficientemente chiaro, riferito alle condizioni in cui l’*exitus* si configura in modo certo come imminente e improcrastinabile. Mentre va precisato il concetto aggiuntivo di “prognosi infausta a breve termine”. È necessario tener per fermo, infatti, che una prognosi di quel tipo si può avere soltanto quando si sia determinato un quadro clinico tale da attestare come certo oltre ogni ragionevole dubbio il verificarsi della morte a breve termine».

Il dubbio sorge perché l'espressione «*prognosi infausta*» potrebbe essere interpretata come un contenitore concettuale ampio, in grado di ricomprendere sia l'evento letale sia eventi avversi non cruciali, attinenti alla sola integrità fisica del paziente. Tuttavia, se la formula di cui all'art. 2, co. 2, si riferisse alla prognosi di qualunque esito avverso atteso a breve termine sulla salute del paziente – oltre che alla prognosi di morte imminente –, emergerebbe un consistente aspetto di irragionevolezza: verrebbe a essere proibito l'intervento sanitario in caso di previsione di infermità a breve termine e non invece incombente, nonostante sia evidente che il medico abbia maggiori possibilità di valutare i rischi e i benefici per il paziente e di scegliere le migliori strategie curative, con un più vasto spazio di azione, proprio nella prima ipotesi, ossia quando la prognosi sia non così prossima all'avveramento dei fatti.

La precedente conclusione può essere suffragata anche dal confronto con la previsione dell'art. 16 del codice di deontologia medica, che pure proibisce l'accanimento terapeutico, ma con una formula diversa e più precisa di quella utilizzata nella prima norma: il divieto contempla «*procedure diagnostiche e interventi terapeutici clinicamente inappropriati ed eticamente non proporzionati, dai quali non ci si possa fondatamente attendere un effettivo beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità della vita*». In questo caso, sia la mancanza di un presupposto simile a quello contenuto nell'art. 2, co. 2, ove è presente l'esplicito riferimento all'evento-morte del paziente, sia la menzione dell'assenza di prevedibili effetti positivi degli interventi sulla «*salute*» o sulla «*qualità della vita*» del paziente, lasciano emergere che il relativo divieto operi nei confronti del medico che si relazioni con un soggetto affetto da una malattia con esito anche solo invalidante, e non necessariamente letale, e che quindi abbia un più esteso ambito applicativo¹¹. Se il legislatore avesse inteso attribuire tale ampio significato anche alla norma di nuovo conio, è ragionevole pensare che avrebbe utilizzato una formulazione simile, limitandosi a vietare l'intervento medico sul paziente con prognosi infausta a breve termine o imminente, senza menzionare il concetto di “morte”.

Alla luce dei precedenti rilievi, appare pertanto razionale un'interpretazione restrittiva dell'art. 2, co. 2, in base alla quale considerare il divieto come riferibile all'irragionevole ostinazione nella somministrazione delle cure e all'applicazione di trattamenti inutili o sproporzionati, su pazienti con prognosi di decesso a breve termine o imminente.

Quanto al concetto di “prognosi”, esso indica una previsione sulla sorte del paziente, che va effettuata dal medico procedente in base alle proprie conoscenze, aggiunte a quelle che un agente ideale appartenente alla sua stessa cerchia professionale dovrebbe avere a disposizione.

Il giudizio prognostico del medico, comunque, si presenta come altamente discrezionale, a causa dell'indeterminatezza dei concetti di «*prognosi infausta a breve termine*» e di «*morte imminente*»: se quest'ultimo può razionalmente essere ricondotto a una previsione di decesso in un lasso di tempo ricompreso tra poche ore e alcune settimane – dovendo quindi agganciarsi a parametri valutativi particolarmente solidi e agevolmente verificabili in tempi stretti da un osservatore esterno –, soprattutto la prima espressione può essere foriera di questioni problematiche. Difatti, la nozione di «*breve termine*» può essere ricondotta ad un compasso temporale che va da alcuni mesi a uno o, al massimo, due anni, ed è fisiologicamente affetta da un alto tasso di opinabilità¹². L'alto tasso di discrezionalità connesso alla previsione di esito infausto a breve termine, in tal senso, potrebbe condurre più facilmente ad esiti distorsivi nell'applicazione della norma, rispetto a quanto invece possa riscontrarsi per una previsione di decesso imminente che poi si riveli inesatta per via di un prolungamento dei tempi della morte naturale: nel primo caso, infatti, qualora il medico decida di astenersi dalle terapie e poi il soggetto muoia in tempi più lunghi rispetto a quelli inizialmente supposti (così, ad esempio, passandosi nei fatti da qualche mese di vita prevista a più di due anni di

¹¹ In tal senso L. EUSEBI, [Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»?», cit.](#), 426, che, con riferimento all'art. 16 del codice deontologico, afferma che il criterio della proporzione dei trattamenti sanitari, «com'è ben noto, non vale solo con riguardo alle condizioni di fine vita, bensì ha rilievo generale».

¹² Si veda, sul punto, quanto affermato da L. EUSEBI, *Dat: un testo migliore era possibile*, in [La Voce del Popolo](#), 21 dicembre 2017: «Il fatto è che quello di prognosi “a breve termine” è concetto vago, esteso in letteratura a una previsione di morte (ma di quale livello statistico?) a sei mesi, un anno o addirittura due anni».

effettiva sopravvivenza), l'errato giudizio del medico potrebbe collocare la sua stessa astensione al di fuori dell'ambito applicativo del divieto di accanimento terapeutico, potendo farlo soggiacere a un'imputazione per omicidio colposo mediante omissione; mentre, nel secondo caso, la sopravvivenza del soggetto oltre il lasso di tempo in cui va inquadrata la supposta morte imminente, potrebbe comunque rientrare nel concetto di «*esito infausto a breve termine*» (tranne nei casi in cui il sindacato del medico non si riveli errato al punto che la morte pronosticata come imminente avvenga dopo alcuni anni), così evitando al medico di essere imputato per non avere colposamente impedito la morte del paziente, visto che i presupposti del divieto verrebbero comunque integrati.

In base ai precedenti rilievi, per meglio assicurare la protezione della vita, oltre che della libertà di autodeterminazione del paziente (che non può opporre il suo dissenso alla decisione di astensione del medico, in base all'art. 1, co. 6), sarebbe stato più opportuno che il legislatore evitasse di utilizzare l'imprecisa clausola che richiama la prognosi infausta a breve termine, lasciando unicamente il riferimento alla più agevolmente verificabile prognosi di morte imminente, e in tal modo circoscrivendo l'ambito applicativo del divieto a casi-limite.

3. La complessa individuazione dei confini di operatività del divieto.

Chiaritone il presupposto, la norma solleva diverse questioni collegate alla ricerca di parametri finalizzati a una chiara circoscrizione dell'area dei comportamenti vietati come accanimento terapeutico.

Si tratta di problematiche legate, in primo luogo, alla difficoltà di stabilire il *discrimen* tra utilità e inutilità dei trattamenti, da una parte, e tra proporzione (o ragionevolezza) e sproporzione (o irragionevolezza) dei trattamenti e delle cure, dall'altra; in secondo luogo, alla scelta se ricorrere, per fissare la suddetta linea di demarcazione, a criteri oggettivi o soggettivi. A sollevarle è stato evidentemente il ricorso, da parte del legislatore, a espressioni nebulose, a tratti incomplete, e in definitiva indeterminate¹³.

3.1. La prognosi sull'inutilità o sproporzione dei trattamenti e sull'irragionevolezza nell'ostinazione alle cure: accanimento terapeutico "in senso stretto" e "in senso ampio".

Per fissare una soglia di discriminazione tra il vietato accanimento terapeutico e il doveroso intervento sanitario, occorre anzitutto considerare distintamente, da un lato, il concetto di "inutilità" dei trattamenti da applicare e, dall'altro, le nozioni di "sproporzione" degli stessi trattamenti e di "irragionevolezza" dell'ostinazione nella somministrazione delle cure. Sulla distinzione interna tra "cure" e "trattamenti" ci si soffermerà nel prosieguo¹⁴; basti adesso anticipare che entrambe le espressioni si riferiscono all'applicazione di una terapia sul paziente, secondo modalità differenti che andremo poi ad esaminare.

Pur non essendo stato puntualizzato, è chiaro che nel suo nucleo precettivo minimo, connesso al concetto di "inutilità" del trattamento (che potremmo definire accanimento terapeutico "in senso stretto"), la norma si riferisca a pazienti sui quali non siano applicabili terapie salva-vita o comunque in grado di ritardare il momento del decesso. In entrambi i casi potrebbe parlarsi di interventi inutili,

¹³ Sulla questione della mancanza di determinatezza della nozione di "accanimento terapeutico", già prima della legge 2017, si veda S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 685 ss., che passa criticamente al vaglio i diversi tentativi ermeneutici di venire a capo del problema. Si vedano anche S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, 767-768, che sottolinea la mancanza «di ancoraggio a solidi presupposti scientifici»; A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 75, che parla di situazione «vaga e indefinibile». Anche in seguito all'emanazione della legge, parla di deficit definitorio P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita*, cit., 15.

¹⁴ Si veda *infra*, § 4.

in quanto di per sé inidonei a sortire rilevanti effetti positivi sulla salute del paziente, a prescindere dalla considerazione di eventuali rischi ¹⁵.

Invece, per giungere a un sindacato preventivo sull'irragionevolezza dell'ostinazione nelle cure o sulla sproporzione dei trattamenti – concetti richiamati dall'art. 2, co. 2, disgiuntamente a quello di “inutilità” degli stessi trattamenti –, non basta appuntare l'attenzione sull'assenza o sull'irrealizzabilità degli scopi curativi ¹⁶. È necessario, piuttosto, tenere conto anche dei rischi che le terapie potrebbero sortire sulla salute del malato, mettendoli a confronto con i possibili benefici, oltre che con i presupposti pericoli sul bene-vita derivanti dal processo causale già in atto ¹⁷: qualora i potenziali effetti negativi dell'intervento medico sul paziente siano prevalenti sui benefici attesi dalle cure, potrebbe parlarsi di accanimento terapeutico “in senso ampio”.

Che debba tenersi conto dei possibili pregiudizi per il paziente, oltre che dei potenziali benefici per lo stesso, lo si evince dal tenore dell'art. 2, comma 2, della legge: se, per ritenersi il divieto operativo, rilevasse soltanto la mancanza di una fondata attesa di ampliamento delle *chances* di vita del malato, non si capirebbe il senso del ricorso ai concetti di “irragionevolezza” e “sproporzione” delle cure e dei trattamenti, che tipicamente sottendono un giudizio di bilanciamento tra i mezzi e gli scopi dell'intervento. In tale direzione, l'espressione “inutilità”, pure essa utilizzata nella norma, avrebbe da sola dato conto dell'inidoneità dei trattamenti a sortire effetti positivi sul paziente, e giustificato così il divieto dell'intervento del medico. È proprio il predetto binomio concettuale, in altre parole, a imporre al sanitario di procedere a un preventivo confronto tra i benefici e i rischi per il paziente, anche quando questi sia giunto a uno stadio terminale.

Così ragionando, oltretutto, risulterebbe manifesta la *ratio* della norma, ossia quella di preservare il soggetto da malattie in grado di ridurre ulteriormente la funzionalità dell'organismo e di cagionargli sofferenze fisiche ¹⁸, a fronte di prospettive non rilevanti di sopravvivenza.

Quanto alla prognosi sulla sproporzione dei trattamenti e sull'irragionevolezza dell'ostinazione nelle cure, si tratta di un giudizio di bilanciamento tra i possibili vantaggi e i possibili esiti avversi dell'intervento medico, basato su quelli che sono gli elementi conoscibili dall'agente modello di riferimento, aggiunti alle ulteriori conoscenze eventualmente possedute dal medico precedente. Così, per stabilire se siano prevalenti i rischi o i benefici, occorrerebbe, da un lato, valutare il tipo e la

¹⁵ In tal senso, sul concetto di “inutilità” delle cure e dei trattamenti, si veda L. EUSEBI, *Criteriologie dell'intervento medico e consenso*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 1230; ID., [Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire?»](#), cit., 426, secondo cui inutili sono i «trattamenti inefficaci, ancorché fossero richiesti»; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 686: «nei confronti di un malato giunto alla fase terminale, la totale assenza di *chances* di successo potrebbe infatti costituire già un motivo sufficiente a negare legittimazione alla terapia, anche quando non ne derivi un aumento della sua sofferenza». Così pure C.A. DEFANTI, *I trattamenti di sostegno vitale*, in L. LENTI – E. PALERMO FABRIS – P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, vol. V di S. RODOTÀ – P. ZATTI (dir.), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano 2011, 587 ss., alla cui ampia trattazione del concetto di “futilità” si fa rinvio.

¹⁶ Al contrario, il giudizio disciplinato dall'art. 16 del codice di deontologia medica, nello stabilire cosa si intenda per interventi terapeutici «*cl clinicamente inappropriati ed eticamente sproporzionati*», prende espressamente in considerazione soltanto l'assenza di «*un effettivo beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità della vita*» del paziente. In tal senso C. CUPELLI, *Responsabilità colposa e “accanimento terapeutico consentito”*, in *Cass. pen.*, 2011, 2943, secondo cui la norma traduce «il solo criterio dell'inefficacia in relazione all'obiettivo del beneficio del paziente».

¹⁷ Si veda la Relazione al Disegno di legge d'iniziativa dei senatori Bompiani, Jervolino Russo, Melotto, Pinto, Ceccatelli, Di Lembo, Ruffino, Condorelli, Saporito, Di Stefano, Boggio, Ianni D'Amelio, Santalco, Coviello, Parisi, Busseti, Salerno e Chimenti, 21 luglio 1987, n. 236, *Tutela dei diritti del malato con particolare riguardo alla condizione di degenza*, in cui si legge che il divieto avrebbe dovuto essere mirato ad evitare che «gli effetti collaterali della cura stessa si traducano in sofferenze ulteriori per l'ammalato». In tal senso anche Comitato nazionale per la bioetica, *Questioni bioetiche relative alla fine della vita umana*, 14 luglio 1995, che definisce l'accanimento terapeutico come un «trattamento di documentata inefficacia in relazione all'obiettivo, a cui si aggiunga la presenza di un rischio elevato e/o una particolare gravosità per il paziente con un'ulteriore sofferenza, in cui l'eccezionalità dei mezzi adoperati risulti chiaramente sproporzionata agli obiettivi della condizione specifica». In dottrina cfr. F. VIGANÒ, *Esiste un “diritto a essere lasciati morire in pace”?*, cit., 9, secondo cui una terapia «in tanto è doverosa in quanto apporti al paziente un beneficio superiore ai suoi effetti collaterali indesiderati; non lo è, ovviamente, nel caso contrario»; conf. L. EUSEBI, *Criteriologie dell'intervento medico*, cit., 1230-1231.

¹⁸ In questi termini, *Cass. pen.*, sez. IV, 24 novembre 2015 – 2 febbraio 2016, n. 4339; *Cass. pen.*, sez. un., 25 gennaio 2005 – 8 marzo 2005, n. 9163.

gravità di pregiudizi psicofisici pronosticati, il grado di possibilità della loro verifica, la durata e la rimediabilità degli stessi; e, dall'altro lato, tenere conto di quanto tempo possano essere incrementate le aspettative di sopravvivenza del soggetto con prognosi infausta, e del grado probabilistico di verifica del beneficio atteso¹⁹. Infine, nel contemperare gli interessi e i controinteressi in gioco, non si potrà prescindere dall'attribuire rilevanza alle condizioni psicofisiche in cui si trovi il paziente, che potrebbero incidere sulla considerazione sia dei rischi sia dei benefici²⁰. Eccetto che per il confronto oggettivo tra i livelli probabilistici di verifica dei due contrapposti eventi, si tratta, a ben vedere, di un giudizio di valore²¹: il medico si troverà a decidere discrezionalmente se, a fronte di una stimata possibilità di evitare o di ritardare il decesso del paziente, siano sopportabili i preventivati costi fisici dell'intervento, con conseguente dovere di attivarsi nei suoi confronti; o piuttosto se le *chances* e i tempi stimati di un prolungamento della vita del malato non siano sufficienti a giustificare alcun rischio per la sua salute psicofisica²², con conseguente dovere di astenersi dall'agire. Così, ipotizzando che l'intervento del medico sia verosimilmente in grado di ritardare la morte del paziente, ma con modalità idonee ad arrecargli altrettanto probabili sofferenze fisiche – di carattere consistente, duraturo e poco sopportabile – per il periodo di tempo che gli rimanga da vivere, si finirebbe per ritenere la terapia proporzionata o sproporzionata, in base alla preminenza attribuita alla vita del paziente o alla sua integrità psicofisica complessivamente intesa.

Proprio il rilevato eccesso di discrezionalità, rende discutibile – come avremo modo di approfondire più avanti – la scelta legislativa di aver lasciato interamente la decisione in capo al medico e di avere, invece, escluso la rilevanza dell'eventuale volontà del paziente di essere comunque sottoposto a trattamenti e cure.

I precedenti rilievi consentono, infine, di trarre un'ulteriore conclusione sul campo di operatività del divieto: l'applicazione dell'alimentazione, dell'idratazione o della ventilazione artificiale su un malato, non costituirebbe "accanimento terapeutico", nonostante esse rientrino nella generale categoria dei "trattamenti", secondo quanto disposto dall'art. 1, co. 5. Difatti, il benefico effetto dei presidi di sostegno vitale sulle *chances* di sopravvivenza del paziente non risulta generalmente controbilanciato da costi oggettivi per l'integrità fisica dello stesso, per cui non potrebbe ritenersi che si tratti di trattamenti inutili o sproporzionati, come tali vietati dalla legge²³: in questo caso, soltanto

¹⁹ Si veda L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»?», cit., 428.*

²⁰ Così L. EUSEBI, [Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato e le dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari](#), in *Criminalia*, 2006, 252.

²¹ Dei termini utilizzati per definire l'accanimento terapeutico come «concetti di valore che rinviano al senso della prosecuzione della vita», parla M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 103.

²² Non a caso, in queste ipotesi parla di mero «breve prolungamento della vita fisica» del paziente, L. EUSEBI, *Tra indisponibilità della vita e miti di radicale disponibilità della medicina: il nodo dell'eutanasia*, in C. VIAFORA (a cura di), *Quando morire?*, Cedam, Padova 1996, 247.

²³ Cfr., in tal senso, S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 685: «l'omissione delle terapie mediche o chirurgiche rientranti nella nozione di accanimento terapeutico non implica di per sé anche l'omissione delle terapie di sostentamento vitale»; F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace?"*, cit., 9, che pure non riconduce l'applicazione dei trattamenti di sostegno vitale al concetto di accanimento terapeutico: secondo l'A., i primi rappresenterebbero interventi appropriati e proporzionati per la scienza medica, rispetto ai quali si pone soltanto il problema della rilevanza del rifiuto del paziente, oggi disciplinato dall'art. 1, co. 5, della legge 219. Anche Cass. civ., sez. I, 4 ottobre 2007 – 16 ottobre 2007, n. 21748, esclude che i tipici trattamenti di sostegno vitale integrino accanimento terapeutico, tranne che, «nell'imminenza della morte, l'organismo non sia più in grado di assimilare le sostanze fornite o che sopraggiunga uno stato di intolleranza, clinicamente rilevabile, collegato alla particolare forma di alimentazione». Conf. A. RUGGERI, *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009, 17 ss. *Contra* F. ABEL, voce *Accanimento terapeutico*, in S. LEONE – S. PRIVITERA (a cura di), *Dizionario di bioetica*, EDB, Bologna 1994, 3 ss., che identifica l'esecuzione dei trattamenti di sostegno vitale su soggetti che abbiano perso l'autonomia delle funzioni biologiche, con l'accanimento terapeutico; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 106, secondo cui «nei confronti di una vita biologica non autonoma, il dovere di intervenire non ha più la funzione strumentale tipica del trattamento medico, ma sconfinava nell'accanimento terapeutico»; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano 2007, 233. Un'insistente invocazione della nozione di accanimento terapeutico nell'ambito dei trattamenti di sostegno vitale (nello specifico,

la volontà del malato – eventualmente manifestata attraverso le direttive anticipate di trattamento – può determinare l’astensione o la condotta interruttiva del medico.

3.2. *La natura oggettiva dei criteri finalizzati all’individuazione dei benefici e dei rischi dell’intervento medico.*

Quanto al secondo profilo problematico, quello che attiene ai criteri da adottare per valutare e ponderare i benefici e i rischi che correrebbe il paziente a seguito della somministrazione delle cure e dell’esecuzione dei trattamenti, in dottrina c’è chi ha definito l’accanimento terapeutico, in senso oggettivo, come applicazione di una terapia «incapace di produrre alcun risultato o, addirittura, generatrice di una patologia diversa e ulteriore da quella di cui soffre il paziente»²⁴. C’è chi, avendo attribuito valore preminente al volere del paziente terminale di ricevere, o viceversa non ricevere, cure e trattamenti sproporzionati, ha collocato il fenomeno entro confini esclusivamente soggettivi²⁵. C’è chi vi ha rinvenuto al contempo una dimensione oggettiva e una soggettiva²⁶. C’è poi chi, nel porre sul piatto della bilancia i costi e i benefici del trattamento, ha annoverato tra i primi persino le spese economiche che il centro ospedaliero – e in ultima istanza, il Servizio sanitario nazionale – dovrebbe affrontare per il paziente²⁷: in tal modo, tuttavia, si è data rilevanza a un aspetto che, pur

l’alimentazione e l’idratazione artificiale) è presente anche nelle sentenze della Corte di appello di Milano del 25 giugno 2008, e del 26 novembre 1999, nel caso Englaro, in [ANSA.it](#), in quella del Trib. Roma, sez. I civ., ord. 16 dicembre 2006, nel caso Welby, in [Altalex](#).

²⁴ I. LEONCINI, *I reati contro la vita*, in A. FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, II ed., Giappichelli, Torino 2016, 67. In senso oggettivo, si veda pure il Consiglio Superiore di Sanità, Parere del 20 dicembre 2006, in *Guida al dir.*, 2007, I, 38, per «accanimento terapeutico si intende la somministrazione ostinata di trattamenti sanitari in eccesso rispetto ai risultati ottenibili e non in grado, comunque, di assicurare al paziente, una più alta qualità della vita residua, in situazioni in cui la morte si preannuncia imminente e inevitabile». In una posizione formalmente oggettivistica, si colloca pure L. EUSEBI, *Note sui disegni di legge*, cit., 260, che enfatizza il riferimento alle condizioni psicofisiche del paziente «non, dunque, nell’ottica di una soggettivizzazione delle scelte sulla vita, ma pur sempre entro l’ambito di binari oggettivi al cui interno tali considerazioni appaiano necessarie proprio per concretizzare il giudizio di proporzionalità»; ID., *Criteriologie dell’intervento medico*, cit., 1231; M. RONCO, *L’indisponibilità della vita*, cit., 5.

²⁵ Così F. STELLA, *Il problema giuridico dell’eutanasia*, cit., 1019-1020; C.A. DEFANTI, *I trattamenti di sostegno vitale*, cit., 586, secondo cui «se il paziente dà il suo consenso ad un trattamento, ovviamente non ha senso parlare di AT».

²⁶ F. D’AGOSTINO – L. PALAZZANI, *Bioetica. Nozioni fondamentali*, Brescia 2007, 124: «La determinazione concettuale dell’accanimento terapeutico comprende elementi oggettivi (definibili sulla base di parametri scientifici, accertabili dal medico) ed elementi soggettivi (che scaturiscono dal dialogo interpersonale nell’attenzione del medico alle esigenze soggettive del paziente)». Nonostante gli AA. ragionevolmente ritengano che per parlarsi di “accanimento” non debba farsi ricorso a «criteri quantitativi predefinitivi applicabili a qualsiasi situazione», si tratta tuttavia di un approccio che tende a sminuire il ruolo oggettivamente “terapeutico” degli interventi sanitari – dettato da un ragionevole, per quanto non precristallizzabile, bilanciamento tra costi e benefici – per attribuire un valore decisivo – invero smentibile sotto diversi profili, come vedremo più avanti – alle esigenze personali del paziente, e dunque al suo previo consenso. Si veda D. PULITANO, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 1208, secondo cui – in un contesto normativo comunque precedente a quello segnato dall’avvento della legge n. 219/2017 – «se i poteri e doveri di cura sono condizionati dal consenso informato del paziente, ciò significa che il discrimine fra terapia doverosa ed accanimento dipende anche dalla valutazione soggettiva dell’avente diritto (anche se stipulassimo una definizione di accanimento terapeutico in chiave puramente oggettiva)»; C. CUPELLI, *Responsabilità colposa*, cit., 2944.

²⁷ Cfr. S. Congregazione per la Dottrina della Fede, *Dichiarazione sull’eutanasia*, 26 giugno 1980, che nel distinguere tra mezzi proporzionati e sproporzionati, afferma che: «si potranno valutare bene i mezzi mettendo a confronto il tipo di terapia, il grado di difficoltà e di rischio che comporta, le spese necessarie e le possibilità di applicazione, con il risultato che ci si può aspettare, tenuto conto delle condizioni dell’ammalato e delle sue forze fisiche e morali». Conf. C. CASALONE, *La medicina di fronte alla morte. Tra eutanasia e accanimento terapeutico*, in *Aggiornamenti sociali*, 2002, 553: «La proporzionalità viene valutata tramite una comparazione: da una parte, alcune caratteristiche che attengono ai mezzi terapeutici in se stessi, come la reperibilità, i costi, gli oneri psico-fisici e i rischi della loro applicazione; dall’altra, i benefici attesi e la loro corrispondenza con il mondo di valori e la visione di vita buona che è propria del paziente». Per una disamina dell’inclusione, nel giudizio di proporzionalità, di considerazioni attinenti alla corretta allocazione delle

rilevante sul piano dell'economicità delle scelte mediche e quindi del *management* aziendale, non può assumere ovviamente alcun peso specifico sul piano della tutela del paziente, nella determinazione dell'interesse prevalente al fine di inquadrare l'intervento sanitario tra le cure doverose o nell'accanimento terapeutico da censurare²⁸.

La legge n. 219/2017 sembra avere preso posizione sul punto: l'irrelevanza della volontà del paziente di ricevere trattamenti contrari alla legge, stabilita dall'art. 1, co. 6, congiuntamente con il divieto di accanimento terapeutico, previsto dall'art. 2, co. 2, chiarisce che il concetto si basa unicamente su dati oggettivi. È comunque ovvio che la considerazione di parametri oggettivi – pur basandosi essenzialmente sulla letteratura medica e sull'esperienza del sanitario precedente, in ordine al possibile impatto che certe terapie possono sortire sui pazienti – non può prescindere da valutazioni da compiere sul destinatario delle cure, poiché il dato di partenza della prognosi infausta, e quelli conseguenti connessi ai possibili benefici dei trattamenti e ai conseguenti rischi, devono necessariamente essere parametrati alle condizioni psico-fisiche in cui si trovi il malato. Trattandosi, comunque, di considerazioni attinenti a un contesto esterno, afferente alle scelte del medico, non può concludersi che si tratti di dati soggettivi, con ciò intendendo riferirsi soltanto a tutto ciò che pertiene alla volontà del paziente e ai suoi personali obiettivi²⁹.

Sul punto, va infine fatta un'ulteriore precisazione. Qualora, a monte, sia lo stesso paziente che rifiuti la sottoposizione a trattamenti e a cure, il medico dovrebbe assecondare la sua volontà a prescindere dalla prognosi sulle sue aspettative di vita, nonché sui benefici e sui rischi derivanti dall'intervento sanitario: se decidesse comunque di intervenire, non starebbe violando il divieto di accanimento terapeutico, ma il dovere di attenersi alla volontà del soggetto a sottoporsi alle terapie³⁰ – stabilito dall'art. 1, comma 5, della legge 219, e a monte fondato sugli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione –, risultando conseguentemente imputabile per il delitto di violenza privata³¹. Resta fermo che, in sede giudiziale, potrà essere ulteriormente accertata l'inosservanza del divieto di accanimento terapeutico, se venga provata l'integrazione dei suoi presupposti e delle sue condizioni di operatività: in tal caso, come verrà analizzato nel prosieguo, il medico che sia comunque intervenuto sul paziente, potrà rispondere a titolo colposo delle lesioni eventualmente cagionate allo stesso.

I precedenti assunti costituiscono un'ulteriore prova che la volontà del malato, secondo le intenzioni del legislatore, assume rilievo soltanto in contesti esterni rispetto a quello coperto dal divieto di accanimento terapeutico.

risorse economiche, sotto un profilo anche etico, si veda C. BRESCIANI, *Proporzionalità della cura e utilizzo razionale delle risorse*, in C. BRESCIANI (a cura di), *Etica, risorse economiche e sanità*, Giuffrè, Milano 1998, 143 ss.

²⁸ In tal senso F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., 1024-1025, che sottolinea i rischi di una deriva utilitaristica dei trattamenti da applicare al paziente, a detrimento della vita e della dignità della persona.

²⁹ Così L. EUSEBI, *Note su disegni di legge concernenti il consenso informato*, cit., 260; ID., *Criteriologie dell'intervento medico*, cit., 1231: «Il giudizio di proporzionalità non esclude il rilievo, ai suoi fini, di considerazioni inerenti alla personalità e alla vicenda esistenziale del malato [...]. Ciò che caratterizza quel giudizio, piuttosto, è la sua riconducibilità, anche quando tenga conto di dati che riguardino il vissuto del paziente, ad argomenti suscettibili di essere condivisi, vale a dire la circostanza di non configurarsi quale mera presa d'atto di manifestazioni della volontà».

³⁰ Cfr. A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita"*, cit., 71: secondo cui, in relazione al dissenso del paziente a ricevere le cure, non rileva la presenza di una situazione di "accanimento terapeutico", poiché l'ordinamento «attribuisce la facoltà di rifiutare qualsiasi terapia, non solo quella che per la sua superfluità, o inattitudine a preservare o recuperare il benessere del soggetto, o per qualsiasi altra ragione, possa definirsi "accanimento"».

³¹ Così A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 74-75; F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 160. Conf. F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 101, e A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita"*, cit., 75, che, tuttavia, ritengono che la semplice inerzia del medico non possa integrare il reato di violenza privata, quando il trattamento di sostegno vitale sia stato già attivato e il rifiuto del paziente intervenga in un momento successivo, in quanto la struttura di reato di evento a forma vincolata impedirebbe la conversione della fattispecie da commissiva in omissiva impropria, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p.

4. *I contenuti e gli effetti del divieto di accanimento terapeutico: la nozione di “trattamento” e “cura”, e le condotte omissive imposte al medico.*

La disposizione di cui all’art. 2, comma 2, della legge 219 ha strutturato il divieto di accanimento terapeutico mediante la formulazione di precetti di comando alternativi, che impongono al medico di «astenersi da ogni ostinazione irragionevole» nel somministrare le cure e «dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati».

Il termine “trattamenti” può essere interpretato come un concetto idoneo a ricomprendere la singola applicazione di una determinata terapia farmacologica o l’esecuzione di un intervento chirurgico sul corpo del paziente. Per quanto nella nozione possa rientrare anche l’attivazione di uno dei presidi di sostegno vitale, come confermato dal comma 5 dell’art. 1, si può ritenere che essi non costituiscano oggetto del divieto inteso nel suo complesso, poiché in queste ipotesi, per le ragioni summenzionate, mancherebbe il carattere di “inutilità” e di “sproporzione” del trattamento.

Il concetto di “cure”, invece, presenta un’accezione più ampia e complessa, essendo generalmente riferibile all’applicazione non di un singolo trattamento (tranne che esso non esaurisca la terapia, avendo *ex se* potenzialità curative), ma di più trattamenti facenti parte della medesima terapia (per esempio, prescrivendo l’assunzione di un farmaco X non *una tantum* ma periodicamente) o di terapie diverse tra di loro, nella specie (ad esempio, la somministrazione del farmaco X e del farmaco Y) o nel genere (ad esempio, la somministrazione del farmaco X e l’esecuzione di un intervento chirurgico sul paziente), e accomunate dal medesimo scopo curativo sul paziente, cioè quello di eliminare o ridurre gli effetti della causa patologica riscontrata³².

Occorre quindi esaminare come i precedenti assunti possano incidere sul tenore della condotta imposta al medico dalla norma.

Rispetto all’obbligo di astensione dal ricorso a trattamenti inutili e sproporzionati, *nulla quaestio*: il medico è tenuto ad omettere il singolo trattamento laddove da esso non si possano prevedere effetti positivi sulla salute del paziente o laddove i benefici pronosticati non siano in grado di superare i possibili rischi.

Rispetto all’obbligo di astensione dall’ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure, va fatta un’ulteriore premessa. La norma, facendo in questo caso uso del termine “ostinazione” – che indica il fatto di “persistere” o di “rimanere fermi” in un proposito o in un comportamento già intrapreso –, implica il dovere di non proseguire nell’applicazione di una terapia già iniziata, attraverso l’adozione di un successivo trattamento di identica natura, o il dovere di non fare seguire a una terapia una diversa e ulteriore terapia che rientri nel medesimo progetto curativo predisposto per il malato. In questi casi, affinché l’obbligo di astensione operi, non occorre che il singolo trattamento appaia *ex se* inutile o sproporzionato, ma è necessario che l’irragionevolezza attenga alla prosecuzione della cura complessivamente intesa, che cioè essa derivi dai prevedibili effetti sortiti sul paziente dall’applicazione continuativa di più trattamenti facenti parte della medesima terapia o di diverse terapie a scopo curativo. Anche in questa seconda ipotesi, inoltre, può dirsi che il comportamento imposto al medico sia di carattere omissivo: infatti, la somministrazione di una cura va rappresentata non come una situazione perdurante a cui si possa porre fine soltanto attraverso un’apposita condotta attiva, ma come la successione di una serie di condotte, omogenee od eterogenee, avvinte dal medesimo fine curativo; per cui l’interruzione di una cura consiste nell’omessa applicazione di un trattamento che dovrebbe seguire ad uno precedente (di identica natura

³² Invece, secondo L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»?», cit., 426, al concetto di «cure» non sarebbero riconducibili le terapie tese a guarire la patologia da cui dipende la prognosi di morte imminente o a breve termine, poiché esse rientrerebbero nella nozione di «trattamenti»: l’A. ricomprende nel concetto di «cure» esclusivamente le cure palliative e i presidi di sostegno vitale, considerando quindi irragionevole il divieto in questa prima parte.*

o diverso) ormai esaurito. La norma, quindi, vietando l'ostinazione irragionevole nelle cure, non impone alcun dovere di agire³³.

5. (segue): *Il divieto di accanimento terapeutico come limite agli obblighi di garanzia del medico: l'accertamento del giudice e il deficit di determinatezza della norma.*

In base a quanto poc'anzi rilevato, il rispetto del divieto di accanimento terapeutico, per come formulato dall'art. 2, co. 2, esigerebbe sempre un'omissione del sanitario. Può dunque dirsi che la norma, nel proibire al medico di intervenire nei casi in cui si verificano le condizioni *ivi* indicate, comporti anche una limitazione degli obblighi assolvibili dallo stesso quale garante della salute del paziente³⁴, subordinando il dovere di garantire la sopravvivenza di quest'ultimo alla previa considerazione del suo benessere complessivo. In tal senso, il precetto finirebbe per limitare efficacemente la responsabilità del medico, ipoteticamente accusato di omicidio mediante omissione, soprattutto laddove vi siano le condizioni per l'operatività del divieto di accanimento terapeutico "in senso ampio"³⁵: si tratta di quei casi in cui i trattamenti o le cure potrebbero essere in grado di

³³ Una questione simile era stata posta, prima della legge n. 219/2017, in ordine alla natura, commissiva od omissiva, della condotta del medico che interrompa i trattamenti di sostegno vitale sulla base della revoca del consenso del paziente, al fine di stabilire come escludere la sua responsabilità per omicidio del consenziente, *ex art. 579 c.p.* Secondo parte della dottrina, l'interruzione integrerebbe un'omissione "mediante azione" del medico, rispetto a cui il dissenso del destinatario limiterebbe la posizione di garanzia del primo. In tal senso, si vedano C. ROXIN, *Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Totung auf Verlangen*, in *NStW*, 1987, 349; K. ENGLISH, *Suizid und Euthanasie nach deutschem Recht*, in A. ESER (a cura di), *Suizid und Euthanasie als human und sozialwissenschaftliches Problem*, Enke, Stuttgart 1976, 315; F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., 1017; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 694-695; M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 155; F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"?*, cit., 7, 10; ID., *Decisioni mediche di fine vita e 'attivismo giudiziario'*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 1604. *Contra*, proprio in relazione alla questione della sospensione dei trattamenti di sostegno vitale mediante disattivazione delle macchine, si veda F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 95, che in proposito rileva la mancanza di una base normativa idonea a consentire l'identificazione dell'azione interruttiva in un'omissione, a differenza invece di quanto può dirsi per l'omesso impedimento dell'evento, che equivale alla sua attiva causazione ai sensi dell'art. 40 cpv.; in tale direzione, M. DONINI, *Il caso Welby*, cit., 910-911 obietta che naturalisticamente l'azione positiva del sanitario non può in alcun modo essere intesa come un comportamento omissivo.

Secondo un altro orientamento, si tratterebbe di una vera e propria condotta positiva, scriminata dall'adempimento del dovere di non applicare cure rifiutate dal paziente, *ex art. 32*, comma 2, Cost. Così F. GIUNTA, *Diritto a morire e diritto penale*, cit., 95; D. PULITANÒ, *Doveri del medico*, cit., 1199 ss.; M. DONINI, *Il caso Welby*, cit., 911 ss.; A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita"*, cit., 71; A. MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al Giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, in *Dir. pen. cont.*, 14 giugno 2018, 16.

Con l'avvento della legge n. 219/2017, il diritto del paziente di rifiutare o di revocare il consenso alle cure, e il correlativo dovere del medico di rispettarne la volontà, col conseguente obbligo di astenersi dall'intervenire o di staccare le macchine in caso di "revoca", è disposto a chiare lettere dall'art. 1, co. 5. Secondo P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita*, cit., 8, il disposto dell'art. 1, co. 6, della legge, che esime il medico da qualunque responsabilità sul piano penale e su quello civile a seguito della manifestazione della volontà del paziente, disposta dal precedente comma 5, opera come causa di giustificazione per la causazione della morte dello stesso, sia nel caso di mancata attivazione delle cure sia nel caso di attiva interruzione delle stesse.

³⁴ Cfr. L. EUSEBI, *Criteriologie dell'intervento medico*, cit., 1233; ID., *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato*, cit., 256; V. MAGNINI, *Stato vegetativo permanente e interruzione dell'alimentazione artificiale: profili penalistici*, in *Cass. pen.*, 2006, 1987, secondo cui il dovere di cura termina «quando venga meno l'utilità obiettiva della cura, ovvero la proporzione tra lo scopo perseguito e gli effetti negativi ad essa connessi»; M. RONCO, *L'indisponibilità della vita*, cit., 20, che rileva come non sussista un obbligo di cura del medico in caso di possibile accanimento terapeutico; S. ANZILOTTI, *La posizione di garanzia del medico. Uno studio giuridico, bioetico e deontologico*, Giuffrè, Milano 2013, 126-127.

³⁵ In caso di accanimento terapeutico "in senso stretto", ossia laddove un qualunque intervento medico sul paziente terminale risulti "inutile", il divieto di cui all'art. 2, co. 2, della l. n. 219/2017 presenta invero una funzione difensiva solo simbolica per il medico, posto che la stessa nozione di inutilità lascia pensare che l'azione doverosa ipoteticamente posta in essere non sarebbe stata in grado di impedire l'evento o di ritardarlo in misura significativa, con esclusione quindi del nesso di condizionamento tra omissione ed evento. Rispetto a questa specifica ipotesi, pur essendosi comunque di fronte

ritardare significativamente la morte del paziente – determinando, quindi, il nesso causale tra l’omissione degli stessi e l’evento-morte³⁶ – ma appaiano altamente rischiosi per la sua salute psicofisica complessivamente intesa, risultando quindi sproporzionati o irragionevoli. Poiché la valutazione predittiva sottesa alla norma di nuovo conio tiene conto anche dei “costi” prevedibili dell’azione non compiuta, quella finisce per rappresentare, anche per il giudice, un giudizio “di valore”, meno rigido (ma anche più incerto negli esiti) di quello strutturale sotteso all’accertamento *ex post* del rapporto di causalità, ma idoneo ad escludere sul piano oggettivo la responsabilità sanitaria per mancanza dell’obbligo di impedire l’evento.

Affinché in sede giudiziale possa escludersi l’integrazione del fatto tipico del delitto di omicidio in forma omissiva, occorrerà che il giudice, chiamato ad accertare l’effettiva operatività del divieto di accanimento terapeutico, si collochi mentalmente al momento della decisione di astensione del medico e valuti, a sua volta, se l’intervento omesso sarebbe stato oggettivamente inutile o sproporzionato, attraverso un giudizio prognostico che rifletta nella struttura quello previamente compiuto dal sanitario, ma che tenga conto anche delle circostanze, presenti al momento della scelta di non intervenire, non conosciute né conoscibili dallo stesso. Questo tipo di prognosi su base totale serve a rimarcare come le condizioni di operatività del divieto di accanimento terapeutico, in quanto limitativo degli obblighi di protezione gravanti sul medico in quanto garante della salute del paziente, debbano sussistere sul piano oggettivo e non su quello soggettivo. Così, nel caso in cui il giudice – in seguito all’esame delle cartelle cliniche, all’esperimento della consulenza tecnica degli esperti e all’ammissione delle testimonianze dell’*equipe* medica e paramedica – giunga alla conclusione che il previo giudizio del medico fosse fondato su valutazioni errate e che non vi fossero le condizioni per l’operatività del divieto di intervenire, *ex art. 2, co. 2*, ma che al contrario i trattamenti e le cure sarebbero stati utili e proporzionati, non potrà rinvenire una limitazione normativa al dovere del sanitario di tutelare la vita paziente, e dovrà conseguentemente procedere nell’accertamento della responsabilità del medico per avere cagionato la morte del paziente, stabilendo se siano stati integrati gli elementi oggettivi e soggettivi del fatto di reato. La considerazione delle circostanze non conosciute né conoscibili dal sanitario, tuttavia, pur ritenuta cruciale ai fini della qualificazione delle terapie come utili e proporzionate, potrà escludere che la sua condotta omissiva – pur collocabile al di fuori del divieto di accanimento terapeutico – sia stata colposa³⁷.

Sul punto, va fatta un’ultima riflessione. È chiara la difficoltà incontrata dal legislatore nell’impartire precise direttive di comportamento al sanitario, attraverso la predeterminazione di condizioni che inevitabilmente trovano la loro forma nel caso concreto, in considerazione delle condizioni, delle *chances* e dei rischi del paziente “in carne e ossa”³⁸. Tuttavia, non può nascondersi

a una formale limitazione degli obblighi di protezione del medico, spicca prevalentemente la funzione precauzionale della norma, su cui si veda *infra*.

³⁶ Il principio di diritto costantemente affermato in giurisprudenza, infatti, è che «*Il nesso causale può essere ravvisato quando, alla stregua del giudizio controfattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica - universale o statistica -, si accerti che, ipotizzandosi come realizzata dal medico la condotta doverosa impeditiva dell’evento hic et nunc, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva*». Così Cass. pen., sez. un., 10 luglio 2002 – 11 settembre 2002, n. 30328; Cass. pen., sez. IV, 5 luglio 2004 – 17 settembre 2004, n. 36805; Cass. pen. sez. IV, 25 maggio 2005 – 12 luglio 2005, n. 25233; Cass. pen., sez. IV, 8 giugno 2005 – 7 dicembre 2005, n. 44632; Cass. pen., sez. IV, 14 febbraio 2013 – 26 febbraio 2013, n. 9170; Cass. pen., sez. IV, 14 febbraio 2013 – 24 aprile 2013, n. 18573; Cass. pen., sez. V, 12 dicembre 2014 – 14 maggio 2015, n. 20063; Cass. pen., sez. VI, 25 agosto 2015 – 13 ottobre 2015, n. 41158; Cass. pen., sez. V, 31 maggio 2017 – 31 agosto 2017, n. 39771; Cass. pen., sez. IV, 15 marzo 2019 – 11 giugno 2019, n. 26568; Cass. pen., sez. IV, 17 settembre 2019 – 11 ottobre 2019, n. 41893.

³⁷ Invece M. RONCO, *Scritti patavini*, t. II, Giappichelli, Torino, 2017, 1642, non esplicitando i criteri che dovrebbero guidare la prognosi del medico sulla praticabilità delle terapie nelle situazioni di fine vita, ritiene che si tratti di un giudizio estremamente complesso, perché basato su dati sia scientifici sia soggettivi, e pertanto suscettibile di errori di valutazione tali da escludere il dolo dell’agente.

³⁸ Così L. EUSEBI, *Criteriologie dell’intervento medico*, cit., 1230, secondo cui il giudizio sulla sproporzione delle terapie «non va ricondotto al superamento di soglie standard (per esempio affermando che in presenza di una patologia oncologica diffusa sarebbe *a priori* sproporzionato eseguire più di un dato numero di cicli chemioterapeutici), bensì va riferito – sulla base pur sempre di regolarità scientifiche note – a ciascun singolo paziente, con riguardo alle sue condizioni

che la norma in esame presenta degli evidenti deficit di determinatezza nell'indicazione dei presupposti e delle condizioni di applicazione del divieto, conferendo un eccessivo potere discrezionale al medico nella preventiva fase della decisione se intervenire o meno, con possibile pregiudizio per il malato, costretto a subire la decisione del primo in base all'art. 1, co. 6, della normativa. D'altra parte, tale mancanza di specificità genera il rischio di derive ermeneutiche *contra reum* da parte dell'organo giudiziario che, successivamente alla verifica del decesso del paziente, ritenga di non condividere la prognosi o il bilanciamento compiuti dal medico accusato di omicidio mediante omissione³⁹.

Sebbene tale indeterminatezza non sia suscettibile di essere sanata lamentando il contrasto dell'art. 2, co. 2, della legge n. 219/2017 con l'art. 25, co. 2, Cost. – in quanto non si tratta di una norma incriminatrice⁴⁰ – né escludendo l'idoneità della norma a incidere sui contenuti della posizione di garanzia del medico – dato che essa disciplina in senso limitativo gli obblighi da quella derivanti, determinando una contrazione dell'area di responsabilità del medico⁴¹ –, le prospettate conseguenze pregiudizievoli sull'integrità del paziente e, in ultima istanza, sulla libertà dello stesso medico, rendono evidente come sarebbe necessario compensare le fisiologiche imprecisioni della disposizione con l'unico parametro in grado di assegnarle determinatezza: la volontà del paziente. Tranne nei casi in cui l'intervento appaia *ex ante* inutile, o vi sia una condizione di incapacità del malato, il destinatario delle cure è infatti l'unico soggetto in grado di attribuire un concreto peso specifico ai costi e ai benefici dell'intervento, per come prospettatigli dal medico, e in definitiva di stabilire sia la propria visione di "benessere psicofisico" sia, conseguentemente, la propria concezione di "accanimento terapeutico"⁴².

Avere estromesso il paziente da tale scelta e averla invece attribuita esclusivamente al medico, attraverso indicazioni normative estremamente vaghe e indeterminate sulla base delle quali questi

nel momento della decisione sul ricorso alla terapia della quale si discute». Conf. F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"?*, cit., 9: «Stabilire quando un trattamento possa definirsi ancora 'utile' e 'proporzionato', e quando sconfini invece in un (inutile) accanimento terapeutico, è normalmente compito della scienza medica, e non del giudice o del legislatore».

³⁹ Cfr., a tal proposito, le critiche di S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 688: «la nozione di accanimento terapeutico non risulta suscettibile di una precisa definizione e finisce con il rappresentare nulla più che un nucleo di disvalore dai contorni assai sfumati. Diviene così evidente come la materia in esame si sottrae alla fissazione di un corpo di regole precise, in grado di guidare l'attività del medico e di riempire contentutisticamente il suo obbligo curativo e terapeutico: lo spazio libero dal diritto – a torto auspicato da una scienza medica che ha aperto nuovi orizzonti della vita e della morte, così innescando angosce e incertezze che essa non è in grado di risolvere – non riesce ad essere riempito dal legislatore e corre il rischio di trasformarsi in uno spazio di diritto libero, di fatto rimesso alla discrezionalità giudiziale». Più in generale, si veda F. BRICOLA, *Vita diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, in L. STORTONI (a cura di), *Vivere: diritto o dovere?*, cit., 218, secondo cui le soluzioni normative non devono «lasciare spazi vuoti affidati al potere medico», ma «fornire determinazioni il più possibile precise e vincolanti per lo stesso potere giudiziario».

⁴⁰ Tuttavia, sull'esigenza di tassatività delle norme che, a vario titolo, escludono la responsabilità, in quanto la loro determinatezza consente all'individuo di avere chiaro il confine tra lecito e illecito, si vedano F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, Padova 1979, 284 ss.; L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, 646. Nello specifico, ribadisce la necessaria tassatività delle norme che dovrebbero regolare l'astensione del medico dall'esecuzione di terapie di mantenimento in vita nei confronti di soggetti in stato vegetativo permanente, e dunque determinare la limitazione dei suoi obblighi di protezione, S. SEMINARA, *Sul diritto di morire e sul divieto di uccidere*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 534.

⁴¹ Sulla differenza tra fonti creative e fonti di disciplina delle posizioni di garanzia, in quanto solo le prime determinano un allargamento della responsabilità penale, si veda F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omissio impedimento dell'evento*, Cedam, Padova 1975, 189 ss., che ritiene che per le seconde sia sufficiente «un minimo di riconoscibilità e di seguito pratico nei destinatari» (195). Sulle conseguenze della mancanza di tassatività degli obblighi di garanzia, consistenti nella loro inidoneità a fondare un'azione doverosa e a contribuire alla tipizzazione dei reati omissivi impropri, si veda F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 341.

⁴² La capacità «dell'individuo di assumere le decisioni che riguardano la propria vita in armonia coi valori che condivide e con la propria visione del "bene"» costituisce l'essenza del principio di autonomia, secondo S. AGOSTA, *Se l'accanimento legislativo è peggio di quello terapeutico: sparse notazioni al disegno di legge in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 febbraio 2010, 11

non solo può ma addirittura *deve* astenersi, sembra in definitiva una scelta in potenziale contrasto con gli artt. 13 e 32 della Costituzione, parametri che fondano la posizione di garanzia del medico e nei quali, correlativamente, le istanze di tutela del paziente trovano una base fondativa⁴³.

6. (segue) *I nuovi termini della relazione terapeutica tra paziente e medico nel contesto dell'accanimento terapeutico: l'irrelevanza della volontà di ricevere le cure e i trattamenti.*

Pare evidente che il complesso delle norme introdotte dalla legge n. 219 del 2017 ci porta al cospetto di un rinnovamento dei termini della relazione terapeutica tra medico e paziente: la questione sorge dall'eventuale conflitto tra la volontà del malato terminale che richieda di essere sottoposto a terapie salva-vita, e quella del medico che, sulla base di una valutazione di inutilità o di sproporzione dei trattamenti o di irragionevolezza nell'ostinazione alle cure, si rifiuti di applicarle⁴⁴. L'art. 1, co. 6, come abbiamo visto, non attribuisce alcun peso al dissenso del paziente, ed impone al medico l'astensione, nei termini sopra indicati: «*Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge*» e, «*a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali*». Sembra, insomma, che il diritto all'autodeterminazione libera e responsabile del malato sia stato collocato in una posizione recessiva rispetto a un bene che evidentemente il legislatore intende perseguire in via prioritaria e in modo paternalistico: quello dell'incolumità psicofisica dello stesso paziente, messa in pericolo da un inutile o sproporzionato accanimento sul suo corpo.

Il rapporto di "alleanza terapeutica" tra medico e paziente, quindi, appare non più limitato a garantire la sopravvivenza del secondo, ma soprattutto diretto a salvaguardarne la salute⁴⁵, intesa in un senso più ampio di quello discendente dal suo esclusivo collegamento con il bene-vita: la possibile causazione di sofferenze al malato, dovute all'ostinazione irragionevole nelle cure o all'applicazione di inutili e sproporzionati trattamenti, al fine di consentirne un pur breve prolungamento della sopravvivenza, appare come un infierire sul suo corpo, contrario al suo diritto all'integrità psicofisica, piuttosto che un'azione improntata a garantirne il bene complessivo. In tal senso, non può dirsi che la norma esprima un possibile contrasto tra il diritto alla vita e il diritto all'integrità psicofisica del

⁴³ Cfr. F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974. 37 ss.; F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 379; M. PELISSERO, *L'intervento medico in assenza di consenso: riflessi penali incerti e dilemmi etici*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 3, 373; L. RISICATO, *Autodeterminazione del paziente e responsabilità penale del medico*, cit., 432; C. CUPELLI, *Diritti del paziente e doveri del medico nelle 'scelte di fine vita'*, in *Crit. del dir.*, 2011, 304. Si veda Cass. pen., sez. IV, 11 luglio 2001 – 3 ottobre 2001, n. 35822; Cass. pen., sez. un., 18 dicembre 2008 – 21 gennaio 2009, n. 2437; Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438.

⁴⁴ Cfr., in senso critico, C. CUPELLI, *Responsabilità colposa*, cit., 2944-2945: «il sovrapporsi della decisione del medico su quella del paziente (del profilo oggettivo su quello soggettivo) rischia di interrompere – di fatto – l'essenza stessa del rapporto terapeutico (ricostruito nei termini di una vera e propria alleanza di cura)».

⁴⁵ Cfr. C. CASALONE, *La medicina di fronte alla morte*, cit., 553, che definisce l'accanimento terapeutico come «un prolungamento della vita fisica non rispettoso della dignità della persona» e del «suo benessere integrale»; C. CUPELLI, *Responsabilità colposa*, cit., 2950, che, oltre all'integrità fisica, richiama anche il possibile pregiudizio all'autodeterminazione del paziente che si opponga all'accanimento terapeutico. Tuttavia, l'attuale impianto della legge, che non riconosce efficacia alla volontà del paziente di ricevere cure e trattamenti vietati dalla legge, impedisce di configurare l'autodeterminazione dello stesso come interesse la cui protezione possa costituire la *ratio* dal divieto. Spostano l'asse della questione, individuando nella dignità del paziente l'interesse pregiudicabile da condotte di accanimento terapeutico, F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 104 (in senso critico, in relazione a pazienti in stato di incoscienza che non siano in grado di esprimersi sulla loro intenzione di continuare ad essere sottoposti ai trattamenti o di "morire con dignità"); A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita"*, cit., 81. Tuttavia, la predetta irrilevanza della volontà del paziente nella determinazione degli interventi idonei a integrare delle cure irragionevoli o dei trattamenti inutili e sproporzionati, chiarisce come sia altrettanto impossibile, in base all'attuale intervento normativo, considerare la dignità dell'individuo come interesse la cui protezione sia alla base del divieto: la dignità, infatti, è un bene che – al di fuori dai casi in cui si metta in discussione il valore intrinseco oggettivo dell'essere umano, attraverso condotte di sfruttamento dello stesso per fini che gli siano estranei – non può che dipendere dalla volontà di «autoaffermazione dell'individuo secondo le proprie credenze e le proprie aspirazioni» (usa questi termini per osteggiare una distorsione del termine in senso "eterodeterminato", lo stesso VALLINI, a pag. 73 del contributo prima citato).

malato: il fatto che i due beni non solo siano omogenei ma pertengano anche al medesimo soggetto, il paziente, implica soltanto che il bene vita non può più essere inteso come assoluto e perseguibile ad ogni costo dal medico, ma soltanto che esso debba ricevere una nuova e diversa valutazione alla luce del benessere complessivo del malato, rispetto al quale il primo risulta funzionale.

Resta la necessità di trovare una giustificazione sostanziale alla compressione del diritto all'autodeterminazione del malato terminale, che non soltanto avrebbe potuto conferire al divieto una consistente cifra di determinatezza, se fosse stato opportunamente valorizzato dalla normativa, ma avrebbe anche consentito al legislatore di perseguire la tutela dell'integrità psicofisica del paziente in una direzione più ragionevole, dato che il consenso rappresenta il presupposto di liceità e il limite dell'intervento medico⁴⁶. In tale direzione, può ammettersi che la volontà del paziente, pur fondando il dovere di agire del medico, debba cedere di fronte alle sue stesse esigenze terapeutiche, obiettivamente intese⁴⁷. Così, la dottrina, ha chiarito che il principio *voluntas aegroti suprema lex* «non significa che al medico tutto sia permesso purché vi sia il consenso del paziente», in quanto «delle scelte terapeutiche il medico ha in ogni caso la responsabilità. È tenuto ad agire secondo le buone regole dell'arte, e ha il dovere di non cedere a richieste di praticare terapie tecnicamente insostenibili o interventi che non abbiano nemmeno un significato obiettivo di terapia»⁴⁸.

Traendo spunto da queste premesse, si può asserire che il divieto che il medico applichi trattamenti e cure inutili e sproporzionati, a prescindere dalla volontà contraria del malato, costituisce una regola precauzionale che impone al sanitario l'astensione in mancanza di scopi terapeutici raggiungibili o comunque ragionevoli.

7. Accanimento terapeutico e rischio non consentito: la responsabilità del medico per lesioni colpose.

Quanto appena accennato trova riscontro in una nota sentenza della Corte di cassazione, la n. 13746 del 2011, che riconobbe una regola cautelare nel divieto di accanimento terapeutico previsto dall'art. 16 del Codice di deontologia medica (nella versione del 2006, vigente ai tempi della pronuncia)⁴⁹, secondo cui «*il medico, anche tenendo conto delle volontà del paziente laddove espresse, deve astenersi dall'ostinazione in trattamenti diagnostici e terapeutici da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita*».

Il caso giunto all'attenzione dei Giudici di legittimità riguardava l'esecuzione di un intervento chirurgico di laparoscopia su una donna affetta da una neoplasia pancreaticata con diffusione generalizzata di metastasi – e pertanto inoperabile – che, a seguito di una grave emorragia alla milza sorta in seguito all'intervento, era deceduta per arresto cardiaco. La Corte di appello di Roma, confermando la sentenza emessa dal Tribunale monocratico, condannava i tre medici per omicidio colposo. La Corte di cassazione, chiamata a pronunciarsi sul ricorso degli imputati, non ravvisò alcuna violazione della legge sostanziale e processuale nella pronuncia del giudice di secondo grado, che aveva identificato la colpa dei medici, oltre che nell'inosservanza delle *leges artis*, nella violazione della regola positiva di prudenza avente fonte nel succitato art. 16 del codice deontologico,

⁴⁶ Così, nella specifica materia del fine-vita, A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 76; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 91; D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire*, cit., 1196-1197; G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche*, cit., 490 ss. Così, in generale, nella giurisprudenza penale, Cass. pen., sez. VI, 9 marzo 2001 – 12 luglio 2001, n. 28132; Cass. pen., sez. IV, n. 35822/2001, cit.; Cass. pen., sez. VI, 14 febbraio 2006 – 4 aprile 2006, n. 11640; Cass. pen., sez. IV, 16 gennaio 2008 – 14 marzo 2008, n. 11335; Cass. pen., sez. un., n. 2437/2009, cit.

⁴⁷ Così F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 113.

⁴⁸ D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire*, cit., 1209. In questi termini si veda anche S. ANZILOTTI, *La posizione di garanzia del medico*, cit., 125-126.

⁴⁹ Sulla differenza di presupposti e di scopi della disposizione rispetto a quella contenuta nell'art. 2, co. 2, della legge n. 219/2017, si veda *supra*, §§ 2. e 3.1.

secondo cui avrebbero dovuto astenersi dall'intervenire, tenendo conto delle condizioni di inoperabilità della paziente ⁵⁰. A quest'esito si pervenne nonostante la donna avesse prestato il suo consenso all'intervento, inquadrato dai giudici nell'"accanimento terapeutico".

Ritornando a quello che è il divieto per come fissato nel precetto contenuto nell'art. 2, co. 2, della legge n. 219/2017, si può asserire – in parallelo a quanto emergeva dalla citata sentenza, in relazione alla disposizione del codice deontologico – che lo scopo diretto della norma è sì quello di fissare una regola precauzionale, tuttavia volta a tutelare non la vita – come invece i Giudici avevano ritenuto, ravvisando un nesso tra la violazione della stessa e l'evento-morte – bensì la salute del paziente ⁵¹. Che sia questa la *ratio* della norma, si evince dal collegamento del presupposto inerente alla prognosi di esito infausto o di decesso imminente con il conseguente divieto di trattamenti inutili o sproporzionati e di ostinazione irragionevole nelle cure: di fronte alla cessazione o alla drastica diminuzione delle speranze di sopravvivenza del malato, il medico deve astenersi dal compiere quegli atti rappresentabili come un tentativo, inutile o irragionevole, di salvarne o prolungarne la vita, dovendo piuttosto perseguire l'obiettivo di evitargli sofferenze inutili o comunque sproporzionate. Si potrebbe dunque parlare di una norma di astensione dotata di una funzione precauzionale nei confronti di eventi tipici di lesione dell'integrità psicofisica individuale ⁵², connessi a fattori di rischio direttamente discendenti dall'intervento medico. Il disposto dell'art. 2, co. 2, insomma, chiarisce che l'intervento medico, fisiologicamente foriero di rischi, può essere ammesso soltanto laddove sia finalizzato ad apportare al paziente dei benefici tali da prevalere sui primi. Su questa base, prende corpo una distinzione tra atti medici terapeutici e non terapeutici, questione il cui approfondimento richiede però una preventiva digressione.

Fermo che la legittimazione dello svolgimento di ogni attività intrinsecamente rischiosa – quale è quella medica – deve fondarsi su un preventivo bilanciamento dell'ordinamento tra i costi e i benefici a essa connessi, laddove in questo rapporto si diano *a priori* per assenti o soccombenti i possibili benefici, non potrà dirsi che la condotta rischiosa sia da considerarsi ammessa, giacché altrimenti il rischio sarebbe consentito pur non essendo finalizzato a realizzare alcun apprezzabile scopo ultimo ⁵³. Il divieto di svolgere un'attività rischiosa priva di rilevanti benefici sociali verrà a coincidere,

⁵⁰ «Il prioritario profilo di colpa in cui versavano gli imputati è stato evidenziato dalla stessa Corte nella violazione delle regole di prudenza, applicabili nella fattispecie, nonché delle disposizioni dettate dalla scienza e dalla coscienza dell'operatore. Nel caso concreto, attese le condizioni indiscusse ed indiscutibili della paziente (affetta da neoplasia pancreaticata con diffusione generalizzata, alla quale restavano pochi mesi di vita e come tale da ritenersi "inoperabile") non era possibile fondatamente attendersi dall'intervento (pur eseguito in presenza di consenso informato della donna quarantaquattrenne, madre di due bambine e dunque disposta a tutto pur di ottenere un sia pur breve prolungamento della vita) un beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità della vita. I chirurghi pertanto avevano agito in dispregio al codice deontologico che fa divieto di trattamenti informati a forme di inutile accanimento diagnostico-terapeutico». Si vedano le critiche di C. CUPELLI, *Responsabilità colposa*, cit., 2946 ss., in relazione alla difficile ravvisabilità di un profilo di colpa specifica nella violazione di una norma del codice deontologico, in quanto non si tratterebbe di una fonte di diritto e in ogni caso non disciplinerebbe fattori di rischio. In tal senso, già F. GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Pol. del dir.*, 1983, 554; *contra* F. ANGIONI, *Il nuovo codice di deontologia medica*, in *Criminalia*, 2007, 279 ss.

⁵¹ Simili rilievi furono fatti in relazione all'art. 16 del codice deontologico, all'indomani del deposito della citata sentenza della Corte di cassazione, da C. CUPELLI, *Responsabilità colposa*, cit., 2949-2950.

⁵² Sul nesso che deve sussistere tra l'evento delittuoso e lo scopo perseguito dalla norma precauzionale violata, affinché vi possa essere quella "concretizzazione della colpa" essenziale ai fini della tipicità del reato colposo, si vedano in dottrina G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Giuffrè, Milano 1965, 231 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, Milano 1990, 309 ss.; M. RONCO, *La colpa in particolare*, in M. RONCO (dir.), *Commentario sistematico al codice penale*, vol. II, t. I, *Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, Zanichelli, Bologna 2007, 562 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, Milano 2009, 135 ss.; C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, Torino 2016, 335 ss. In giurisprudenza, così Cass. pen., sez. IV, 13 marzo 2012 – 18 maggio 2012, n. 19170; Cass. pen., sez. IV, 18 marzo 2004 – 26 maggio 2004, n. 24051.

⁵³ Così già Cass. pen., sez. IV, 25 marzo 1971, in *Foro it.*, 1971, II, c. 717 ss., in relazione al disastro del Vajont: «L'esercizio lecito di attività pericolose è da ritenere consentito nella misura in cui risponde ad obiettive esigenze di interesse collettivo o pubblico, di ordine primario». Secondo M. RONCO, *Scritti patavini*, t. I, Giappichelli, Torino 2017, 372, «Se un'area di rischio consentito può ragionevolmente essere individuata, in base al confronto tra i costi e i benefici,

quindi, con un dovere precauzionale di astensione dall'attività *in toto*⁵⁴. In tal senso, la recente giurisprudenza di legittimità ha affermato che «*Nel caso di attività vietata ovviamente l'unica regola cautelare da seguire è l'astensione: se il legislatore l'ha vietata vuol dire che non ha ritenuto, nel bilanciamento di interessi di cui si è detto, che l'attività fosse di una qualche utilità o che i benefici fossero tali da compensare i pericoli. L'agente che agisca in violazione del divieto risponde quindi, come si è già accennato, delle conseguenze verificatesi anche se rispetta le eventuali regole cautelari dettate dall'esperienza (o regole cautelari specifiche preesistenti al divieto) perché questo obbligo non viene meno nel caso di svolgimento di attività illecite o vietate*»⁵⁵.

La norma precauzionale che vieta di compiere un'attività rischiosa, in quanto ritenuta carente di utilità sociale, è volta a prevenire il superamento del "limite esterno" del rischio consentito, per cui il suo mero svolgimento sarebbe fonte di responsabilità penale colposa per la verificazione di un evento delittuoso che ne sia conseguenza. Invece, in caso di attività rischiosa consentita in quanto connotata – nel suo nucleo essenziale – da benefici che prevalgano sui suoi possibili costi, soltanto la successiva violazione di quelle regole precauzionali appositamente prescritte per garantire il mantenimento della predetta relazione di bilanciamento, e per evitare che il superamento della cifra del rischio consentito conduca alla generazione di un rischio non consentito, potrà fondare una responsabilità colposa per l'evento eventualmente cagionato⁵⁶: ci troveremo, qui, di fronte al "limite interno" del rischio

[...] l'assenza di benefici concretamente apprezzabili per il progresso economico e sociale sembra sconsigliare di consentire attività rischiose per i valori fondamentali della vita, della salute e dell'integrità personale». Conf. A. CASTALDO, *La concretizzazione del "rischio giuridicamente rilevante"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 1100-1101; C. BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La cosiddetta "flessibilizzazione" delle categorie del reato*, in *Criminalia*, 2012, 391-392. In generale, sul previo bilanciamento costi-benefici necessario per stabilire se l'attività rischiosa sia consentita, si vedano V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano 1988, 55 ss.; G. MARINUCCI, *Il ruolo delle regole scritte di diligenza nell'era dello sviluppo tecnico*, in G. MARINUCCI (racc. postuma), *La colpa. Studi*, Giuffrè, Milano 2013, 299, secondo cui «per valutare se un rischio è "ingiustificato", occorre confrontarlo con l'utilità sociale dell'attività alla quale inerisce»; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Giuffrè, Milano 2010, 23 ss., che fa leva sul parametro dell'«adeguatezza sociale», da soppesare a quello di "rischio"; M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Giappichelli, Torino 2012, 123-124.

⁵⁴ Si veda G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 309, secondo cui tale regola cautelare «sarà tendenzialmente quella che imponga di astenersi del tutto dall'attività in questione allorché si tratti di attività pericolosa e non esistano norme che espressamente consentano i rischi che da essa derivano, o le variabili della entità e della probabilità di verificazione del danno nonché del valore del bene offeso siano da ritenersi prevalenti sull'utilità sociale dell'attività»; ID., *Colpa (diritto penale)*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. II, Giuffrè, Milano 2006, 952: «Al di fuori dell'area del consentito si porranno allora quei rischi la cui considerazione configurerà come regola di diligenza l'astenersi del tutto dall'agire [...] e non un agire accompagnato dall'adozione di tutte le cautele necessarie per neutralizzare il pericolo o ridurlo entro limiti tollerabili». Conf. P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie". Nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Cedam, Padova 2003, 19: «anche il più radicale dovere di astensione è frutto di un giudizio "di cautela" lato sensu inteso, basato sui consueti canoni della prevedibilità e della (sicura) evitabilità dell'evento solo non intraprendendo quel tipo di attività [...]. Nella presente prospettiva, in ultima analisi, il dovere di astensione va posto sullo stesso piano delle regole cautelari "proprie", rappresentando anzi l'opzione "per eccellenza" idonea all'azzeramento del rischio, ancorché comportante un'altrettanto drastica compressione della libertà di azione». Così anche D. CASTRONUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 1624, che ritiene che «l'astensione possa configurare una peculiare "modalità" cautelare doverosa che contribuisce a definire l'area del rischio lecito»; C. BRUSCO, *Rischio e pericolo*, cit., 391 ss.; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli, Torino 2017, 79, secondo cui «sono fuori dall'area dell'assentito quei rischi in ordine ai quali la regola di diligenza impone all'agente modello di astenersi immediatamente dall'attività-focolaio».

⁵⁵ Cass. pen., sez. IV, 28 aprile 2010 – 1° giugno 2010, n. 20595.

⁵⁶ Cfr. M. GALLO, voce *Colpa penale*, in *Enc. del dir.*, vol. VII, Giuffrè, Milano 1960, 640 ss.; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 211-212; P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., 30 ss., che al riguardo distingue tra regole cautelari proprie, dirette a neutralizzare il rischio non consentito, dalle regole cautelari improprie, volte a ridurlo; G. FORTI, *Colpa (dir. pen.)*, cit., 953; A. PAGLIARO, *Il reato*, Giuffrè, Milano 2007, 141; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, VI ed., Giappichelli, Torino 2015, 324; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Cedam, Padova 2017, 344. In giurisprudenza cfr. Cass. pen., sez. IV, 14 luglio 2016 – 22 agosto 2016, n. 35263; Cass. pen., sez. IV, 17 novembre 2005 – 3 marzo 2006, n. 7661; Cass. pen., sez. IV, 21 novembre 1996 – 6 marzo 1997, n.

consentito, che si travalicherebbe laddove sia «superato quel rischio che l'ordinamento non ha convenienza a evitare»⁵⁷.

Nell'ambito dell'attività medica, non può dirsi che rientri entro il "limite esterno" del rischio consentito l'intervento sanitario non mirato alla realizzazione di rilevanti finalità terapeutiche per la salute psicofisica del paziente, poiché, in tal caso, all'ineliminabile prospettazione dei rischi a cui quello andrebbe incontro, non corrisponderebbe il perseguimento, né tantomeno il raggiungimento, di alcun obiettivo miglioramento delle sue condizioni fisiche⁵⁸. Come affermato dalla Corte di cassazione, quando si dia per certo che un «*intervento produrrà una inutile menomazione dell'integrità fisica o psichica del paziente*», si sarà in presenza «*di un atto che non può più essere considerato di natura terapeutica. È solo il contesto in cui l'azione viene posta in essere che ha natura terapeutica – e costituisce dunque l'occasione dell'intervento – ma l'azione fuoriesce completamente dalle finalità che la società assegna alle strutture sanitarie e alle persone che vi operano*»⁵⁹.

Nel caso degli atti medici non terapeutici, il divieto dell'esecuzione della condotta-base costituisce un dovere precauzionale di astensione da un'attività collocata a monte al di fuori dell'area del rischio consentito, e non già un obbligo di astensione da una condotta consentita a certe condizioni, in virtù della sua adeguatezza sociale (anche se alcuni autori preferiscono invocare, in relazione alle regole cautelari che disciplinano le attività rientranti nell'area del rischio consentito, un obbligo

2139, ove tuttavia impropriamente si parla di obbligo di riduzione del rischio consentito, anziché di obbligo di non aumentarlo.

⁵⁷ V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, cit., 14-15. Si veda anche G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 309-310: «In caso contrario – e cioè in presenza di una espressa autorizzazione all'esercizio dell'attività ovvero qualora, presupposta l'individuabilità di una figura modello, sia risolto in senso favorevole il bilanciamento di interessi – l'attività potrà essere intrapresa con l'osservanza delle precauzioni che l'*homo eiusdem* adotterebbe nel caso concreto, comportandosi in modo che la condotta mantenga in attivo quel bilanciamento su cui l'ammissibilità del rischio è stata fondata; tendenzialmente: non aumenti la probabilità del danno i.e. non accresca il rischio, non aumenti le dimensioni della possibile lesione al bene giuridico e sia sempre funzionale al raggiungimento delle finalità di valore sociale la cui considerazione è alla base dell'ammissibilità del rischio stesso».

⁵⁸ Nonostante possa dirsi che la sola attività medico-chirurgica diretta al miglioramento della salute psico-fisica dell'individuo debba essere consentita, nella prassi si tende a considerare sempre accettati i rischi connessi all'applicazione della medicina, in virtù dell'ampliamento dell'accezione di "adeguatezza" o "utilità" dell'intervento e, a monte, dell'estensione dello stesso concetto di salute. Così ragionando, la responsabilità del sanitario non potrebbe aversi per il semplice fatto di essere intervenuto senza l'obiettivo perseguibilità di un vantaggio per la salute del paziente – salvo che non sia la stessa legge a stabilire i presupposti e il contenuto di una tale regola cautelare di astensione, e dunque la specifica area di rischio vietato in materia –, in quanto tale vantaggio sarebbe costantemente e presuntivamente sotteso all'intervento; la responsabilità sorgerebbe soltanto laddove si superi la soglia del rischio consentito attraverso la violazione delle norme precauzionali che guidano l'operato del medico. Sul punto, si veda R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica. Punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze University Press, Firenze 2010, 125, che presume sempre esistente un'intrinseca utilità sociale nell'esercizio dell'attività medica: «si deve ritenere che l'attività medica, essendo di per sé lecita e socialmente utile, sia sempre ammissibile, purché esercitata nei limiti delle *leges artis*, con la conseguenza che ciò che non si tollera non è il rischio in sé, ancorché maggiore, ma quello realizzato violando le *leges artis*»; allo stesso modo, D. CASTRONUOVO – D. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, in A. BELVEDERE – S. RIONDATO (a cura di), *La responsabilità in medicina*, vol. IV di S. RODOTÀ – P. ZATTI (dir.), *Trattato di biodiritto*, cit., 947: «Quanto alla definizione del livello di rischio consentito, deve tenersi conto che l'attività medica non solo è facoltizzata dall'ordinamento, perché utile e necessaria, ma essa è, altresì, una attività doverosa». Invece A. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Giappichelli, Torino 2009, 253, prende atto che accanto ai casi, più numerosi, in cui il medico interviene in situazioni «contraddistinte dallo stato di malattia, cioè da un preesistente squilibrio delle funzioni dell'organismo», vi possono essere ipotesi «in cui la fatale condotta colposa del medico interviene, in modo del tutto sproporzionato e gratuito, su di un soggetto sostanzialmente sano, quindi non in pericolo reale di vita o di salute»: l'A., tuttavia, non trae dalle precedenti osservazioni alcuna conclusione in relazione alla delimitazione dell'area del rischio consentito in materia.

⁵⁹ Cass. pen., sez. IV, 26 maggio 2010 – 23 settembre 2010, n. 34521, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 237, con nota di A. FIORI – D. MARCHETTI – G. LA MONACA, *Gli atti medici terapeutici e non terapeutici alla luce della Cass. pen. sez. IV n. 34521*. Conf. S. ANZILOTTI, *La posizione di garanzia del medico*, cit., 126.

precauzionale di agire altrimenti, piuttosto che di astensione⁶⁰): la violazione del divieto, quindi, non porterà alla concretizzazione di un rischio non consentito nell'esercizio di un'attività pur consentita nel suo nucleo centrale, ma si tradurrà nell'esecuzione di un'attività rischiosa a monte vietata.

Tornando all'accanimento terapeutico, possiamo concludere che l'ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure o l'applicazione di trattamenti inutili o sproporzionati, su un paziente con prognosi di morte imminente o a breve termine, segna il superamento del limite esterno del rischio consentito nell'attività medica, in virtù dell'assoluta mancanza di benefici apprezzabili per il paziente, o quantomeno della mancanza di benefici tali da prevalere sui correlativi rischi. Si tratta, quindi, di un'attività medica non propriamente terapeutica, e per questo vietata dall'art. 2, co. 2, della legge n. 219/2017: se il medico decida di violare il divieto, intervenendo comunque sul paziente, egli si troverà a rispondere delle lesioni eventualmente cagionategli, a titolo di colpa specifica, a prescindere dall'ulteriore inosservanza delle regole precauzionali che regolano il suo operato.

8. Riflessioni conclusive: verso un recupero del ruolo della volontà del paziente.

⁶⁰ In dottrina si nota infatti un certo disaccordo sulla stessa ammissibilità di doveri precauzionali di astensione dalle attività a rischio consentito.

Sono contrari: G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 211, che ritiene che un tale dovere di astenersi *tout court* dall'attività rischiosa consentita «porrebbe l'ordinamento giuridico in contraddizione con se stesso, poiché da un lato autorizzerebbe condotte la cui intrinseca pericolosità è testimoniata dalle più elementari massime di esperienza, e dall'altro colpirebbe, perché rappresentabile ed evitabile, qualunque conseguenza dannosa provocata da una di quelle condotte»; G. FORTI, *Colpa (dir. pen.)*, cit., 947, che di dovere di astensione parla soltanto con riferimento alle attività a monte vietate, in quanto collocate al di fuori del limite esterno del rischio consentito (952); F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Cedam, Padova 1993, 233 ss.; ID., *La normatività della colpa penale: lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 86 ss.; ID., *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 1297 ss.; ID., *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, 152 ss.; D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in S. CANESTRARI – F. GIUNTA – R. GUERRINI – T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, ETS, Pisa 2009, 253 ss.; ID., *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo"*, in *Criminalia*, 2008, 179 ss., ove l'A. prende atto dell'«abbandono della regola dell'astensione nella giurisprudenza sulla colpa medica». Conf. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 334, secondo cui le regole cautelari possono stabilire che l'esecuzione delle attività rischiose debba avvenire «in presenza di certi presupposti», «col rispetto di certe modalità esecutive», o «con l'astensione da altre specifiche modalità», ma non possono prescrivere la totale astensione «dalle attività rischiose giuridicamente autorizzate come tali e da parte di tutti (es. dall'attività chirurgica, dalla circolazione stradale), pena altrimenti la loro stessa interdizione». Dunque, «affermare la possibile astensione anche nelle attività giuridicamente autorizzate è confondere la doverosa astensione da certe modalità dell'attività, inosservanti delle regole cautelari, con l'astensione, non prescrivibile, dell'attività *tout court*. Sicché, se di astensione si vuole parlare, va precisato che l'astensione ha per oggetto non l'attività rischiosa come tale, ma soltanto le condotte violatrici delle regole cautelari: l'astensione dalla violazione di tali regole».

Invece, ritiene che un obbligo di astensione possa valere come regola cautelare anche nell'ambito delle attività a rischio consentito, P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., 18, 19, e, con specifico riferimento all'attività medica, 93-95, assegnando comunque all'obbligo di astensione un carattere relativo e un contenuto modale, in quanto si tratterebbe non di «astenersi dall'agire *tout court*», ma di «agire in modo diverso». Salvo poi concludere che «In varie costellazioni di casi, il medico ha il dovere di astenersi dall'agire. Qualora agisse, infatti, creerebbe egli stesso un rischio intollerabile, per la salute o per la stessa vita del paziente [...]. In queste ipotesi, la condotta colposa si connota in maniera evidente quale condotta attiva. L'essenza normativa della condotta colposa si constata osservando che il medico ha agito, mentre avrebbe dovuto astenersi dall'agire». Conf. D. CASTRONUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa penale*, cit., 1620 ss., secondo cui, nell'ambito delle attività rischiose lecite, si può distinguere tra regole precauzionali di astensione e regole precauzionali modali, in quanto l'astensione è talora «una possibile e doverosa modalità operativa secondo i moduli o protocolli cautelari di una attività rischiosa lecita» (1621): nell'attività medica, in particolare (1622, nota 73). A favore della configurabilità di obblighi di astensione come regole cautelari, si vedano anche C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, cit., 540 ss.; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, II ed., Giappichelli, Torino 2011, 333; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, vol. I, Giappichelli, Torino 2012, 583; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna 2019, 583-584; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 324-325. In una posizione mediana si colloca R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica*, cit., 123, secondo cui «la regola cautelare non viene quasi mai concepita con un contenuto consistente nel dovere di astensione dall'esercizio dell'attività, ma come regola modale».

Dall'esame degli artt. 1 e 2 della legge n. 219/2017, emerge che l'entrata in vigore della normativa ha parzialmente deluso le aspettative di chi auspicava una più chiara e netta valorizzazione, da parte del legislatore, del ruolo del consenso del paziente in ordine alle questioni di fine-vita, fino ad allora rimessa all'interpretazione degli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione.

Da una parte, il quinto comma dell'art. 1 ha reso esplicito il diritto dell'individuo a non essere curato⁶¹, prevedendo a chiare lettere che la sua volontà di rinunciare alla sottoposizione a trattamenti sanitari, anche se già iniziati, vincoli il medico, imponendo a quest'ultimo di ometterne l'esecuzione o di sospenderla anche mediante condotte attive di disattivazione delle macchine, senza per questo essere imputato del delitto di omicidio del consenziente⁶². Il fatto poi che l'art. 4 abbia disciplinato le dichiarazioni anticipate di trattamento, consentendo al paziente di manifestare la sua rinuncia alle cure anche molto tempo prima che la questione si profili come attuale, rappresenta la più forte consacrazione del diritto dell'individuo di effettuare scelte consapevoli sulla propria salute⁶³.

D'altra parte, di fronte alle predette aperture, risulta eccentrica la decisione legislativa di privare il malato terminale del diritto di richiedere l'applicazione di terapie "attive" nelle ipotesi coperte dal divieto di cui all'art. 2, comma 2, cioè quando il medico preveda che sia inutile o sproporzionato applicare i trattamenti o irragionevole ostinarsi nella somministrazione delle cure. La *ratio* dell'opzione normativa si fonda sul perseguimento di uno scopo precauzionale di protezione dell'integrità psicofisica del paziente, ritenuto in grado di controbilanciare adeguatamente la compressione del suo diritto alla libertà di autodeterminazione, alla luce della mancanza di significative o ragionevolmente perseguibili prospettive di sopravvivenza che, ove invece presenti e prevalenti sui rischi dell'intervento, renderebbero doverosa l'azione del medico.

A variare, dunque, è la considerazione complessiva del ruolo assegnato al consenso del malato nell'intero corpo della normativa: da un lato, la libertà di autodeterminazione del paziente prevale sulle esigenze di tutela della sua stessa vita, essendo quello legittimato a rifiutare le cure necessarie alla sua sopravvivenza; dall'altro, la sua libertà soccombe di fronte alla tutela della sua integrità psicofisica, in quanto al medico è comunque proibito eseguire trattamenti ritenuti in grado di cagionare al malato più danni che benefici.

Per comprendere se sia stata opportuna la scelta del legislatore, bisogna ricordare che l'art. 2, co. 2, disciplina il comportamento del medico non soltanto in caso di inutilità dei trattamenti, ove i benefici si diano per assenti, ma anche in caso di sproporzione dei trattamenti e di irragionevole ostinazione delle cure: in quest'ultima ipotesi, è innegabile che alcuni significativi benefici possano essere tratti dall'intervento, ma non sarebbero perseguibili se ritenuti dal sanitario sbilanciati in difetto rispetto ai prevedibili rischi. Da un lato, dunque, può ritenersi accettabile che il medico sia considerato arbitro nel valutare la doverosità del suo intervento nel caso dell'accanimento terapeutico "in senso stretto", trattandosi di un giudizio vertente esclusivamente sulla prospettabilità di benefici in capo al

⁶¹ Prima della legge, erano contrari alla configurabilità di tale diritto: M. RONCO, *L'indisponibilità della vita*, cit., 1-2, 8-9; V. PATALANO, voce *Omicidio (Diritto penale)*, in *Enc. del dir.*, vol. XXIX, Giuffrè, Milano 1979, 967; L. EUSEBI, *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato*, cit., 253. Hanno tradizionalmente sostenuto l'esistenza di un diritto a non essere curati: F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., 1018-1019; A. MANNA, *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. del dir.*, vol. XLIV, Giuffrè, Milano 1992, 1284 ss.; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 692 ss.; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 90 ss.; F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto ad essere lasciati morire in pace"?*, cit., 10; D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire*, cit., 1197; A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita"*, cit., 73 ss.; L. RISICATO, *Autodeterminazione del paziente*, cit., 442 ss. Parlano di «diritto ad essere malato», consistente nella libertà del paziente di rifiutare interventi medici terapeutici che, altrimenti, risulterebbero coattivi e contrari all'art. 32, comma 2, Cost. (che consente trattamenti sanitari obbligatori previsti dalla legge solo quando sia in gioco la salute collettiva), V. ONIDA, *Dignità della persona e diritto di essere malato*, in *Quest. Giust.*, 1982, 364; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Giuffrè, Milano 1983, 310, 313.

⁶² Sulle questioni dogmatiche inerenti al fondamento dell'irresponsabilità del medico, in queste ipotesi, si veda *supra*, § 4.

⁶³ In argomento, prima dell'approvazione della legge, si vedano le riflessioni di A. RUGGERI, *Il testamento biologico e la cornice costituzionale*, cit., 1 ss.; F. MANTOVANI, *I requisiti di validità del testamento biologico*, in *Giust. pen.*, 2013, c. 117 ss. Successivamente, S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *La legisl. pen.*, 19 dicembre 2018, 18-19.

paziente, a prescindere da ulteriori valutazioni attinenti alla loro significatività e al loro rapporto con eventuali controinteressi. Dall'altro lato, è discutibile che la decisione se intervenire sia esclusivamente demandata al suo giudizio, senza tenere conto del volere del malato, nel caso dell'accanimento terapeutico "in senso ampio", cioè quando siano prevedibili dei benefici discendenti dai trattamenti o dalle cure, ma non si ritengano rilevanti al punto da prevalere sui rischi. In questo caso, la questione della collocazione dell'accanimento terapeutico fuori o dentro il limite esterno del rischio consentito, non dovrebbe prescindere dalla considerazione della volontà del paziente, in quanto è lui il soggetto più idoneo a determinare il peso da attribuire ai previsti rischi e benefici, e a procedere al loro bilanciamento, essendone il diretto destinatario ⁶⁴.

Il problema del recupero del ruolo dirimente del consenso del malato si appalesa addentrandoci nell'interpretazione del carattere di terapeuticità che deve connotare gli interventi medici consentiti dall'ordinamento, la cui assenza li collocherebbe al di fuori del "limite esterno" del rischio consentito, giustificandone il divieto. Come rilevato qualche tempo fa in un Rapporto dell'Hastings Center, e come ribadito dal Comitato nazionale per la bioetica, a una prima e più risalente concezione oggettiva che individuava gli scopi della medicina in «modelli intrinseci alla medicina stessa», ispirati dal «bisogno di guarire, aiutare, assistere e curare», si è progressivamente sovrapposta una concezione soggettiva che li ha identificati in «costruzioni sociali»: è il dialogo con la società, in altre parole, a ridefinire gli scopi della medicina, attribuendole il compito di «occuparsi (per contribuire a risolverli con i propri mezzi) anche delle "angosce della vita quotidiana", dei problemi esistenziali, psicologici e spirituali che le persone necessariamente incontrano nel corso della loro vita» ⁶⁵.

Parecchi anni prima, questa evoluzione in senso soggettivo del concetto di "terapeuticità" era stata profeticamente intuita da Stella, proprio in relazione al tema dell'accanimento terapeutico, che affermava a chiare lettere – forse temendo un sovvertimento nel bilanciamento dei beni in gioco, tale da svalutare il consenso del malato – che «solo il paziente – ed anche, ovviamente, il paziente incurabile – può dire se un prolungamento della vita gli offra anche solo una possibilità di realizzare se stesso, fosse unicamente per pochi istanti soltanto; e di fronte alla decisione del paziente, l'obbligo di garanzia del medico permane in tutta la sua integrità: *voluntas aegroti suprema lex*» ⁶⁶. In questa direzione, più di recente, Pulitanò, dopo aver premesso che la volontà del paziente non può obbligare il medico a scelte insostenibili in quanto ricadenti al di fuori della nozione di "terapeuticità", ha però affermato che «Finalità della terapia non necessariamente è la guarigione [...]. Può essere anche il mero mantenimento in vita, persino in condizioni fortemente compromesse e/o di grave sofferenza: se il paziente lo chiede, tale sua volontà è idonea a fondare il dovere del medico di fare tutto il possibile per il mantenimento in vita, cioè tutto ciò che può servire» ⁶⁷.

Il precipitato che possiamo trarre da questa asserita soggettivizzazione degli scopi della medicina, è che se l'individuo trova realizzazione nel prolungamento, anche breve, della propria esistenza, a costo di correre dei rischi per la sua integrità psicofisica, la medicina avrebbe il dovere di continuare

⁶⁴ In tal senso, F. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, in *Cass. pen.*, 2010, 1236, afferma che «L'opzione terapeutica è anche condizionata da una valutazione comparativa dei suoi costi e benefici per la salute complessiva del paziente. Certamente, tale valutazione non può che essere rimessa al consenso del paziente, che assume così su di sé il rischio dell'opzione terapeutica». Conf. F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. merito*, 2006, 973.

⁶⁵ Comitato nazionale per la bioetica, *Scopi, limiti e rischi della medicina*, 14 dicembre 2001, in <http://bioetica.governo.it>, 22 ss.; Hastings Center, *Gli scopi della medicina: nuove priorità*, in *Notizie di Politeia*, n. 45, 1997, 3 ss. Sul punto, si veda M. REICHLIN, *Etica delle neuroscienze: il caso del potenziamento cognitivo*, in C. VIAFORA – A. GAIANI (a cura di), *A lezione di bioetica. Temi e strumenti*, FrancoAngeli, Milano 2014, 352, che ha distinto gli scopi terapeutici da quelli non terapeutici – pur accettati dalla società – della medicina.

⁶⁶ F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., 1020. Conf. M. BARNI – G. DELL'OSSO – P. MARTINI, *Aspetti medico-legali e riflessi deontologici del diritto a morire*, in *Riv. it. med. leg.*, 1981, 40, e più di recente C. CUPELLI, *Responsabilità colposa*, cit., 2944. In senso parzialmente diverso, si veda A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 68, secondo cui il consenso del paziente può conferire liceità all'intervento medico anche nelle ipotesi in cui questo non sia diretto a finalità terapeutiche, così assegnando a queste ultime un sostrato oggettivo, e tenendole formalmente distinte dalle ipotesi di «liceità-autorizzazione».

⁶⁷ D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte speciale. Tutela penale della persona*, II ed., Giappichelli, Torino 2014, 45.

a porsi al suo servizio, e la legge non dovrebbe precluderglielo demandando al solo medico il compito di effettuare quel bilanciamento preventivo tra rischi e benefici, che è insito nelle nozioni di “ostinazione irragionevole” nelle cure e di “sproporzione” dei trattamenti. Estendendo il concetto di terapeuticità in senso marcatamente soggettivo, dunque, si potrebbe ricondurre l'intervento del medico su un paziente con prognosi di morte imminente o a breve termine – per cui ci siano ancora delle *chances* di prolungamento, anche breve, della sopravvivenza, a cui lo stesso malato aspiri – entro l'area del rischio consentito, così restituendo dignità alla volontà dello stesso di perseguire un pur effimero progetto di vita.

La soluzione più auspicabile per un legislatore avveduto, dunque, sarebbe quella di ridurre il campo applicativo della norma sull'accanimento terapeutico, in modo da ricomprendervi il solo divieto dei trattamenti inutili; o, alternativamente, di mantenere il suo attuale tenore, apponendo però una precisa deroga al principio dell'irrelevanza della volontà del paziente, per come attualmente disposto dall'art. 1, co. 6. Difatti, non dovrebbe potersi parlare di sproporzione dei trattamenti e di irragionevole ostinazione nelle cure, prima di avere informato e consultato il paziente: laddove quest'ultimo risulti pienamente capace, dovrebbe essere il suo consenso a segnare il limite esterno del rischio consentito e dunque il confine dell'accanimento terapeutico “in senso ampio”.

Ciò detto, va ribadito che al medico spetterebbe comunque il compito di scegliere con scienza e coscienza, nell'ambito del suo rapporto di alleanza terapeutica con il malato, le modalità di intervento più idonee a consentire che i potenziali pericoli per la salute di quello non superino i benefici previsti in relazione al prolungamento della sua aspettativa di vita: non si potrà cioè prescindere dal rispetto delle regole precauzionali atte a garantire che non venga travalicato il “limite interno” del rischio consentito, cioè che non venga aumentato il rischio di eventi lesivi conseguenziali all'esercizio dell'attività terapeutica, comunque intesa