

La (non) responsabilità del medico nelle scelte di fine vita del paziente.

di **Marta Bernardini** (Dottoranda di ricerca in Diritto Penale presso l'Università di Roma "Tor Vergata")

Con la L. n. 219/2017 il legislatore ha introdotto le disposizioni in tema di scelte di fine vita, corroborando, nella sua massima espressione, il principio di autodeterminazione terapeutica del paziente.

In virtù di tale principio il paziente, accompagnato dal medico, compie un percorso che potrebbe condurre sino al rifiuto di intraprendere un trattamento medico o alla sua sospensione, seppur vitale. Il consenso informato del paziente rappresenta l'ago della bilancia rispetto agli obblighi vigenti in capo al medico: i confini della posizione di garanzia di quest'ultimo, infatti, si determinano in relazione alla volontà del paziente, che è limite insuperabile e presupposto necessario dell'esercizio, o dell'inattività, del sanitario. Nell'ottica di un'alleanza terapeutica il medico si fa garante delle scelte di fine vita del paziente, in tal senso l'art. 1 comma 6 della legge in parola prevede che il sanitario sia esente da responsabilità, civile o penale, qualora agisca nel rispetto della volontà espressa dal paziente.

Siamo dunque dinanzi ad una nuova forma di esclusione di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, che si aggiunge a quella prevista dall'art. 590 sexies c.p., recentemente introdotto con la legge Gelli-Bianco, che ha riformato la materia della responsabilità medica.

Da un punto di vista prettamente penalistico spunti di particolare interesse sembrano cogliersi nell'analisi del rapporto che intercorre tra le due ipotesi di non punibilità del medico.

Invero la sfera della responsabilità si definisce in base al rapporto tra la libertà decisionale del paziente e la sfera di competenza del medico, che è comunque tenuto al rispetto delle linee guida e delle buone pratiche accreditate ed a conformarsi agli obblighi imposti dalla deontologia professionale. Ci si chiede allora in che termini ciò influisca sul percorso di determinazione della volontà del paziente ed in quali casi si alteri la dimensione di non responsabilità del medico.

With Law 219/2017, Italian Legislator brought in the provisions regarding the end-of-life choices, corroborating, through its highest expression, the principle of the patient's therapeutic self-determination .

By virtue of the principle, the patient, supported by doctors , accomplish a path that could lead to refuse to undertake a medical treatment or to hanging

it, albeit vital. The patient's informed consent represents an absolute priority compared to the doctor's obligation: indeed, the doctor's duty of care limits are determined in relation to the patient's will, which is an insurmountable limit and a necessary presupposition to the doctor's action or inaction. In a therapeutic alliance viewpoint, the doctor guarantees the end-of-life choices of the patient, in this sense the art. 1 paragraph 6 of the law in question provides for the non liability of the doctor, civil or criminal, if it acts in accordance with the will expressed by the patient.

Therefore we are faced with a new form of healthcare profession's exclusion of liability, which adds to the ones laid down by art. 590 sexies c.p., recently introduced with the Gelli-Bianco law, that reformed the healthcare profession's responsibility matters.

From a purely criminal point of view, points of particular interest seem to be emerging from the analysis of the relationship between the two hypotheses of doctor's non-punishability.

Surely the sphere of liability is defined on the basis of the relationship between the patient's decision-making freedom and the doctor's sphere of competence, which is nevertheless obliged to respect the guidelines and best practices accredited and to comply with the obligations imposed by professional ethics. The question arises in what terms this influences the path of determination of the patient's will and in which cases the dimension of non-responsibility of the doctor is altered.

Sommario: **1.** la l.n. 219/2017: la consacrazione del diritto di non essere curati. - **2.** Una nuova alleanza terapeutica: consenso informato e competenza. - **3.** Dalla giurisprudenza alla legge: l'evoluzione dell'essenzione di responsabilità penale del medico nelle scelte di fine vita. - **4.** La non punibilità del medico *ex art. 590 sexies c.p.* - **5.** L'art. 1 comma 6 l.n. 219/2017 e l'art. 590 *sexies c.p.*: due facce della stessa medaglia?

1. la l.n. 219/2017: la consacrazione del diritto di non essere curati.

Con l'emanazione della legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento il legislatore - finalmente - disciplina le tematiche sul fine vita che, ormai da anni, sono al centro di un dibattito sociale e giurisprudenziale.

Senza dubbio, la giurisprudenza si è imbattuta in vicende allo stesso tempo così fragili e così forti da essere state risonanti nel mondo mediatico.

In assenza di un provvedimento legislativo che li guidasse, i giudici hanno compiuto un percorso che ha condotto all'affermazione di alcuni principi che

sono oggi posti a fondamento del testo normativo, oltre ad essere espressione di una sensibilità sociale modificata in tema di scelte di fine vita.

In merito all'evoluzione di questo percorso, per quel che riguarda la materia penale, si è reso necessario, come ad esempio nel caso Welby, emanare delle sentenze che riuscissero a scriminare condotte riconducibili alla fattispecie dell'omicidio del consenziente, al fine di poter tutelare la figura del medico, che, altro non fece se non dare voce al pieno riconoscimento del principio di autodeterminazione terapeutica, interrompendo il trattamento di sostegno vitale cui il paziente era sottoposto¹.

Si tratta di questioni che sin troppo spesso sono state oggetto di giudizio penale: basti ricordare il già citato caso Welby nel 2006; il caso Englaro poi, nel 2009; in ultimo il caso di Fabiano Antoniani nel 2017, tutte tappe che la giurisprudenza ha compiuto sino a che il legislatore non è intervenuto.

Il riferimento è a drammatiche vicende tutte differenti tra loro - soprattutto in merito all'espressione della volontà con riguardo alle scelte di fine vita - ma legate dalla necessità dell'intervento giudiziario, in assenza di una legge come questa, che valorizzasse a pieno la volontà del paziente.

A tal proposito, sin da subito è doveroso premettere che quando si parla di disposizioni sul fine vita, inevitabilmente si rende necessaria la ricerca di un equilibrio tra valori costituzionalmente garantiti: da una parte la vita e la salute, dall'altra l'autodeterminazione terapeutica.

Il punto di equilibrio rappresenta, in tal senso, la possibilità di garantire dignità nella vita tanto quanto nella morte.

Tuttavia, nel silenzio del legislatore, ci si è, fino ad ora, domandati a chi spettasse la ricerca di questo equilibrio: se al medico, che per questo incorreva in un procedimento penale, se alla giurisprudenza, che ha dimostrato di aver fatto grandi passi in avanti nell'affermazione di questi principi, senza che ciò non potesse ritenersi sufficiente².

La responsabilità penale del medico è stata sempre dunque posta in un rapporto dialettico e contrastante con il rispetto delle scelte del paziente.

Vi è, infatti, in gioco da una parte la libera scelta del paziente di poter statuire sulla propria vita e sul suo stato di salute, dall'altra la necessità del medico di non incorrere in un procedimento penale nel momento in cui assecondi le scelte consapevoli del paziente, come in passato è accaduto.

¹ F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. Pen. proc.*, 2007, p. 6; C. CUPELLI, *Diritti del paziente e doveri del medico nelle "scelte di fine vita"*, in *Critica del diritto*, 2011, p. 238; F. VIGANÒ, *Giustificazione dell'atto medico – sanitario e sistema penale*, in *Le responsabilità in medicina*, a cura di BELVEDERE e RIONDATO, in *Trattato di biodiritto. I diritti in medicina*, a cura di S.RODOTÀ, P. ZATTI, Giuffrè, 2011, p. 890.

² In tal senso G. M. FLICK, *Dignità del vivere e dignità nel morire. Un (cauto) passo avanti*, in *Cass. Pen.*, n. 7/2018, p. 2302

A questa legge va dato il merito di riportare medico e paziente dalla stessa parte, che guarda alla centralità del principio dell'autodeterminazione terapeutica nella sua massima espressione.

Il diritto costituzionalmente garantito *ex art. 32 Cost.* di ricevere e rifiutare cure trova piena applicazione con la previsione normativa secondo cui viene riconosciuto al paziente il diritto di non essere curati ovvero rifiutare cure, anche quando queste siano vitali.

Invero la novella in parola prevede che il medico nell'esercizio della sua professione debba attenersi alla volontà espressa del paziente di rifiutare o rinunciare ad un dato trattamento sanitario, senza che per tale scelta il medico ne sia responsabile civilmente e penalmente (art. 1 comma 6).

Dunque, alla legge sul fine vita, seppur in ritardo rispetto a quanto già accresciuto nel sentimento sociale e nella giurisprudenza³, va attribuito l'onere e l'onore di aver modificato i ruoli degli attori principali nelle scelte di fine vita: il paziente, che ora si vede pienamente riconosciuto il diritto all'autodeterminazione terapeutica; ed il medico, sul quale vige un nuovo obbligo di rispettare le disposizioni del paziente, ed una nuova esenzione di responsabilità.

2. Una nuova alleanza terapeutica: consenso informato e competenza

Le nuove disposizioni sul consenso informato e sulla posizione del medico in merito alle scelte del paziente rappresentano il terzo approdo del percorso che la relazione terapeutica ha subito nel tempo.

Si può affermare che sia stata la concezione stessa della medicina a subire un'evoluzione: da un approccio paternalistico, in cui era il medico ad imporre al paziente la terapia più adeguata, in coerenza con l'idea di una medicina generalizzata, si è passati ad una visione dialettica della terapia stessa, che si concretizza nell'alleanza terapeutica tra medico e paziente, in cui il trattamento diagnostico è il risultato di una cooperazione, nella quale il medico mette a disposizione del paziente la sua competenza così da porlo nelle condizioni di avere tutte le informazioni necessarie alla scelta in merito al trattamento propostogli.

La medicina di oggi è un sapere all'avanguardia che mira alla personalizzazione del trattamento sanitario, il progresso scientifico si è sviluppato al punto tale da rendere possibile il tener in vita una persona con mezzi sempre più tecnologici.

La scelta in merito al rifiuto dell'inizio ovvero della prosecuzione del trattamento sanitario rappresenta il punto di approdo di un percorso consapevole che il paziente compie insieme al medico, il quale non si limita,

³ G. BALDINI, *L.n 219/2017 e Disposizioni anticipate di trattamento (DAT)*, in *Fam. dir.*, 2018, p. 803.

infatti, ad avere un atteggiamento passivo, ma pone la sua competenza al servizio del paziente tentando di contemperare la tutela della salute con le istanze della volontà del malato.

L'affermazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica da una parte e l'esenzione di responsabilità del medico dall'altra, rappresentano un rafforzamento dell'alleanza terapeutica, troppo spesso compromessa da un dato di fatto: i rapporti tra medico e paziente si esplicano non solo tra le corse dell'ospedale, ma anche nelle aule di tribunale.

L'alleanza terapeutica consta, da una parte dalla competenza e dalla professionalità del medico e, dall'altra, dal consenso informato del paziente.

Questa legge valorizza e si focalizza prevalentemente sulla volontà del paziente, disciplinando innanzitutto sul concetto stesso di consenso, facendo precisazioni importanti, in particolar modo sui ruoli che esso definisce.

In tal senso occorre rappresentare come la nozione consenso informato sia stato oggetto di fraintendimenti nella pratica, ciò deriva, in primo luogo, dalla rappresentazione - errata - per cui l'espressione del consenso del paziente altro non sarebbe se non un mero atto burocratico e formale, seppur necessario.

Chiaro come tale prassi elide il ruolo centrale che invece il paziente dovrebbe avere nel percorso di espressione del consenso, da non confondere con una pratica di mero assenso formale. Per di più gli operatori sanitari talvolta guardano al consenso come ad un percorso ostativo allo svolgimento della loro attività⁴.

Basti pensare all'etimologia della parola consenso - *consensus* - *us*, der. di *consentire* 'sentire insieme' - per comprendere come nel percorso che determina il trattamento terapeutico debba essere valorizzato nella sua massima espressione il rapporto di alleanza e fiducia tra medico e paziente.

Sotto questo punto di vista pare potersi sostenere che l'intervento del legislatore sia stato nel senso di garantire la piena autonomia e divisione dei ruoli nella determinazione del trattamento sanitario.

In questa direzione anche l'esenzione di responsabilità, civile e penale - disciplinata dal comma sesto dell'art. 1 della l.n. 219/2017 - pare coerente con la duplice valenza costituzionale del consenso informato. Da un lato quale espressione del principio di inviolabilità della libertà umana, a presidio della libertà e della sfera corporea da ogni trattamento non voluto; dall'altro in quanto espressione del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., inteso come esplicazione della relazione sussistente tra l'esercente la professione sanitaria ed il destinatario del trattamento medico⁵.

⁴ P. BORSELLINO, "Biotestamento": i confini della relazione terapeutica e il mandato di cura, in *Fam. e dir.*, 2018, 8-9, p. 789.

⁵ S. CANESTRARI, *Fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017 n. 219*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, n. 1/2018, p.

3. Dalla giurisprudenza alla legge: l'evoluzione dell'esenzione di responsabilità penale del medico nelle scelte di fine vita

Entrando nel merito delle questioni penalistiche affrontate in tema di consenso informato e DAT, pare opportuno prendere le mosse dalle risultanze giurisprudenziali che hanno condotto sino all'affermazione dei principi che oggi sono alla base del testo normativo.

Occorre premettere che, nel silenzio del legislatore, i giudici si sono trovati ad affrontare la questione del fine vita anche sotto il profilo dei suoi risvolti processuali.

A tal fine, una breve ricostruzione del caso Welby appare particolarmente indicata giacché si trattava di un paziente capace – dunque pienamente in grado di esprimere il proprio consenso - affetto da una gravissima patologia (distrofia muscolare scapolo omerale in forma progressiva), che avrebbe condotto ad esito certamente infausto con il differire del tempo, dal momento che allo stato della conoscenza medico scientifica, non vi erano terapie in grado di interrompere la degenerazione della patologia, pertanto la sopravvivenza era garantita unicamente da un respiratore automatico.

Di talché appare di particolare interesse, ai fini di questo discorso, mostrare come il GUP del Tribunale di Roma sia arrivato ad escludere l'antigiuridicità della condotta del medico anestesista che, nel caso Welby, era sottoposto ad imputazione coatta per l'omicidio del consenziente *ex art. 579 c.p.*⁶.

Senza ripercorrere tutto l'*iter* giudiziario - civile e penale - occorre prendere le mosse da un dato di totale rilevanza: il paziente, nel pieno della sua capacità di intendere e di volere, aveva espressamente richiesto ai medici che lo avevano in cura e al giudice civile, di voler sospendere la terapia di sostentamento che lo teneva in vita⁷.

⁶ GUP presso il Tribunale di Roma, 23/07/2007, n. 2049, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1791 s., con nota di C. CUPELLI, *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare)*; A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2008, 1, p. 78 ss.

⁷ L'elemento differenziale dell'omicidio del consenziente rispetto alle altre fattispecie di omicidio è rappresentato proprio dal consenso della vittima che, dunque, converge con la volontà dell'omicida. Sul punto F. RAMACCI, *I delitti di omicidio*, Giappichelli, 2016, p. 44 ss., il quale evidenzia che "Nell'ottica dell'omicidio del consenziente l'ipotesi di un diritto individuale di essere lasciato in vita diviene problematica, in quanto il consenso della vittima significherebbe appunto che essa intende rinunciare al proprio diritto di essere lasciata in vita, con la conseguenza che il fatto non sarebbe lesivo del diritto individuale (a vivere) ma di qualcos'altro, cioè della vita umana intesa come valore indipendente dall'individuo che ne è portatore", coerentemente con la tutela costituzionale della salute *ex art. 32* che tutela la salute non solo come diritto dell'individuo, ma anche come interesse della collettività.

Difatti le funzioni vitali del paziente erano mantenute dalla ventilazione assistita, che era stata considerata al pari di un sostegno vitale, piuttosto che come trattamento medico sanitario.

Tale classificazione, di tutta rilevanza, rappresentava l'ago della bilancia della vicenda: se, infatti, il punto di partenza fosse stato quello di ricondurre il trattamento cui il paziente era sottoposto ad una terapia medica, Welby altro non avrebbe fatto se non esercitare legittimamente il suo diritto di interrompere un trattamento sanitario, in conformità a quanto disciplinato dall'art. 32 della Costituzione.

La battaglia - personale e politica - intrapresa da Welby era finalizzata ad interrompere il trattamento vitale, previa sedazione al fine di evitare di rendere doloroso il decorso che lo avrebbe condotto alla morte.

Come sopra detto, il profilo caratterizzante la vicenda è la piena capacità di intendere e di volere del paziente che, però, sarebbe venuta meno una volta effettuato il distacco dal ventilatore artificiale, di conseguenza i medici avrebbero dovuto provvedere a riattaccare il respiratore *ex art. 54 c.p.*

Non avendo ottenuto altro che un'inammissibilità dall'autorità giudiziaria in ambito civile, Welby decise di passare alle vie di fatto, trasformando, inevitabilmente, la vicenda in un caso penale.

Così alla drammatica vicenda ha posto fine un medico anestesista che, accertata la fondatezza della volontà del paziente, ha disconnesso la ventilazione artificiale, praticandogli, allo stesso tempo, un trattamento sedativo che accompagnasse il decesso.

E' chiaro che l'ordinamento italiano non era ancora, al tempo, pronto ad affrontare le conseguenze sociali e giuridiche di questa vicenda.

Da qui, infatti, scaturirono grandi perplessità a proposito della rilevanza penale della condotta del medico che ha rispettato la volontà del paziente, oltre alla distinzione tra agire ed omettere e alla definizione stessa di trattamento medico sanitario.

Le risposte a tali interrogativi sono state date *ex post*, a seguito della morte di Welby, rappresentando ciò, in qualche modo, una sconfitta per l'ordinamento⁸. Tuttavia, nonostante l'impasse del legislatore, è stato necessario prendere delle posizioni, compito nelle mani del GUP del Tribunale di Roma, che emanava una sentenza di proscioglimento ravvedendo l'integrazione di una causa di esclusione del reato, nello specifico quella disciplinata dall'art. 51 c.p.

Infatti, nella sentenza il GUP ripercorrendo le vicende fattuali, riteneva che, seppur integrati gli elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie di omicidio del consenziente *ex art. 579 c.p.*, in capo al medico anestesista sorgeva il

⁸ F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 6.

dovere giuridico di rispondere alla volontà del paziente di interrompere la terapia in atto.

Di conseguenza, il medico che abbia agito in tal senso, contribuendo alla determinazione della morte del paziente, non risponde penalmente del delitto a lui contestato, poiché avrebbe agito alla presenza di una causa di giustificazione, l’adempimento di un dovere: il dovere del medico di consentire al paziente, cosciente e consapevole, di esercitare legittimamente il diritto costituzionalmente garantito di rifiutare una cura.

Altro importante principio - oggi affermato senza ombra di dubbio nella l.n. 219/2017 - che viene con forza affermato nel provvedimento del GUP è il superamento delle incertezze circa l’equiparazione tra il rifiuto di iniziare un trattamento e il rifiuto di un trattamento già in atto, escludendo così ipotesi vicine all’eutanasia attiva. Anche se, come si vedrà, dubbia pare la qualificazione della condotta posta in essere dal medico in termini di commissione⁹.

E’ di tutta evidenza come il caso Welby sia l’emblema del percorso che i principi fondanti la legge sul fine vita hanno dovuto affrontare, prima di divenire una legge.

La sua volontà di interrompere il trattamento è stata, infatti, dapprima in grado di sensibilizzare fortemente la pubblica opinione, visto il clamore mediatico che il caso ebbe; successivamente è stato il medico anestesista, a farsi garante della volontà del paziente; infine il provvedimento del GUP del Tribunale di Roma, nel quale di tutta evidenza emerge quello che oggi è il principio cardine della l.n 219/2017, il principio di autodeterminazione terapeutica nella sua massima espressione.

Il consenso libero ed informato del paziente di interrompere o non iniziare un trattamento medico obbliga il medico a rispettare tale volontà, non potendo egli incorrere in responsabilità penale o civile per questo.

Appare evidente come nella drammatica vicenda di Welby sorgessero dubbi applicativi e soprattutto la necessità dell’intervento del legislatore sul punto.

Lo stesso giudice civile, al quale Welby aveva richiesto *ex art. 700 c.p.c.* un provvedimento d’urgenza per il distacco del ventilatore artificiale, nel dichiarare l’inammissibilità rilevava come, sebbene il rifiuto di cure sia costituzionalmente garantito dall’art. 32 comma II Cost., elemento ostativo all’autorizzazione per il distacco del ventilatore artificiale era proprio l’assenza di una normativa di carattere secondario che esplicasse le modalità del contenuto della norma costituzionale, ponendo, in tal modo, innanzitutto un problema di fonti.

⁹ C. CUPELLI, *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc.3, 2009, pag. 1145; C. CUPELLI, *Consenso informato, autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: profili penali*, in *Discrimen*, 15 ottobre 2018.

Questa, come altre vicende, non solo hanno avuto il ruolo di sensibilizzare l'opinione pubblica su tali delicate tematiche, ma hanno altresì acceso un forte dibattito che non poteva concludersi se non con l'intervento del legislatore.

Il percorso, non privo di ostacoli, è culminato nell'emanazione della legge del 22 dicembre 2017, n. 219, che ha posto i punti cardini in tema di modalità d'espressione, revoca, legittimazione del consenso informato del paziente, prevedendo, altresì, la possibilità di effettuare delle disposizioni anticipate di trattamento, con cui è possibile disporre delle proprie scelte di fine vita, nel caso sopravvenga una condizione irreversibile di incapacità di intendere e di volere.

Da un punto di vista strettamente penalistico¹⁰ - che è quello che in questa sede interessa - la legge sancisce nel comma sesto dell'art. 1 il dovere del medico di rispettare la volontà del paziente nel caso in cui egli si sia espresso nel senso di voler rifiutare o interrompere un trattamento sanitario. In conseguenza di ciò, il medico è *esente da responsabilità civile o penale*.

Poche parole, dunque, sono spese dal legislatore per introdurre una causa di esclusione della responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria.

La sintetica formulazione ha destato immediatamente interrogativi, a partire dalla qualificazione giuridica cui ricondurre la non responsabilità del medico che rispetti la volontà del paziente.

Si sono ipotizzate due strade: una prima in virtù della quale la non responsabilità del medico deriverebbe dall'operare della causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p.¹¹; una seconda secondo cui, invece, si tratterebbe di una circostanza che renderebbe il medico esente dall'obbligo di garanzia sul paziente, delinquendosi, in tal modo, una condotta priva di rilevanza penale¹².

Secondo la prima ricostruzione, la circostanza che il paziente si determini nel senso di rifiutare le cure, fa sì che il medico debba dare attuazione a tale volontà, senza che ciò possa incidere sulla sfera del penalmente rilevante, come conseguenza del venir meno dell'elemento dell'antigiuridicità.

¹⁰ C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: risvolti penalistici*, in *Riv. trim.pen.cont.*, 2017, 12, p. 123; A. MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 giugno 2018; S. CANESTRARI, *Una buona legge buona (DDL recante norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento)*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 1, p. 975 ss.

¹¹ In tal senso P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte Costituzionale nel caso Cappato*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 maggio 2015, p. 7; M. DONINI, *Caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, 23, pag. 902 ss.

¹² In tal senso C. CUPELLI, *Responsabilità colposa e "accanimento terapeutico consentito"*, in *Cass. pen.*, 2011, 9, p. 2940 ss.

Ed invero l'obbligo di cura del medico sussiste sino a che sussiste il consenso del paziente a ricevere cure, dal momento che il paziente rifiuti il trattamento, sorge in capo al medico il dovere giuridico di rispettare tale volontà, di conseguenza la condotta del medico che agisca nell'adempimento del proprio dovere è scriminata *ex art. 51 c.p.*, a prescindere dalla connotazione in termini di omissione o commissione della stessa, rilevante solo da un punto di vista naturalistico, come nel caso del distacco dal sistema di ventilazione artificiale. A ben vedere, l'irrelevanza della condotta del medico posta in termini di commissione ovvero omissione è tutt'altro che pacifica e tutt'altro che irrilevante.

Ed invero, secondo una differente impostazione¹³ entrambe le strade sopra prospettate sarebbero perseguibili, proprio in ragione della distinzione tra la rinuncia del paziente ad un trattamento già in atto e il rifiuto di cure non ancora intraprese.

Da questo punto di vista la differenziazione si basa sulla necessaria compartecipazione attiva del medico che dovrà agire per interrompere il trattamento, in questo caso la sua condotta dovrà ritenersi scriminata dall'art. 51 c.p.; mentre nell'ipotesi di rifiuto di cure non ancora in atto, l'irrelevanza penale dell'omesso impedimento dell'evento è da ricondurre al limite posto dal paziente alla posizione di garanzia del medico nel momento in cui abbia negato il consenso al trattamento.

Come si evince, alla base della differente qualificazione giuridica dell'esenzione della responsabilità penale del medico, in questa prospettiva, fondamentale è l'inquadramento in termini di omissione ovvero commissione. Sembra, tuttavia, possibile una lettura alternativa, che parte dalla ricostruzione in termini omissivi della condotta del medico che provveda, in ottemperanza dell'esercizio del diritto di autodeterminazione del paziente, a disattivare un sostegno artificiale di sostentamento, rientrando tale comportamento nella categoria dell'*omissione mediante azione*.

In quest'ottica la condotta può dirsi omissiva nonostante sia necessaria un'azione per interromperla, in quanto si tratta comunque dell'omissione del proseguimento del trattamento.

Orbene occorre considerare che la medicina abbia oggi fatto dei progressi tali per cui ai fini dell'interruzione di un trattamento non è sufficiente il mero astenersi, la tecnologia che vi è dietro richiede un'azione, che rappresenta solo la modalità con cui il medico attualizza la decisione del paziente¹⁴ di non proseguire le cure.

¹³ A. MASSARO, *Il caso Cappato di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio*, cit., p. 16 ss.

¹⁴ "E' nota l'esemplificazione proposta sul punto nella dottrina tedesca, per la quale, in sintesi, così come il medico omette quando interrompe le misure di rianimazioni iniziate con movimento di massaggio, così si ha solo omissione allorché egli

E' questa una visione che valorizza il profilo normativo dell'atto d'interruzione da parte del medico, non da intendersi nella singolarità dell'atto, quanto piuttosto all'interno del processo in cui si inserisce, a fronte dell'esercizio, da parte del malato, del diritto costituzionalmente garantito di rifiutare o interrompere trattamenti sanitari.

In riferimento all'individuazione della natura giuridica dell'esenzione di responsabilità del medico - *ex art. 1 comma 6 della l.n. 219/2017* - la ricostruzione in termini omissivi dell'interruzione del trattamento sanitario, esclude la rilevanza penale del comportamento del medico alla luce del venir meno della posizione di garanzia di quest'ultimo nei confronti del paziente.

Quest'ultima lettura pare coerente con l'equiparazione che nel testo di legge si compie (art. 1 comma 4) tra il rifiuto di un trattamento non ancora iniziato e la scelta di interrompere le cure.

Ulteriore elemento di novità nel testo normativo, di immediate ricadute penalistiche, è rappresentato dall'enucleazione dei trattamenti di nutrizione e idratazione artificiali tra i trattamenti medici, che, in quanto tali, possono essere rifiutati dal paziente, come qualunque altro trattamento (art. 1 comma 5).

Ciò in ragione del fatto che il sostentamento in vita di un soggetto tramite sistemi artificiali richiede in ogni caso un intervento medico che, attraverso tecniche specifiche, garantisca la permanenza in vita di un malato che altrimenti non sarebbe in grado di sopravvivere autonomamente¹⁵.

interrompa, su di un piano tecnologicamente più elevato, il lavoro di una macchina; ancor meglio, si è precisato che il respira tre ben può essere valutato come una sorta di braccio meccanico del medico, una sua *longa manus* che pratica un trattamento di assistenza respiratoria ad un paziente non più in grado di respirare da sé: anziché essere effettuata manualmente a mezzo di un pallone di gomma, la ventilazione è praticata attraverso un macchinario che regola il ritmo respiratorio, insufflando forzatamente l'ossigeno nei confronti del paziente”. Sul punto C. CUPELLI, *Diritti del paziente e doveri del medico nelle scelte di fine vita*, cit., p.247.; *ibid*, *La dissattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 3, pag. 1145¹⁵ss.

¹⁵ C. CUPELLI, *Consenso informato, autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: profili penali*, cit., p. 13; la qualificazione di trattamento sanitario attribuita dal legislatore alla nutrizione artificiale e all'idratazione artificiale è accolta con tono critico da 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, 2, p. 420 ss., secondo cui tale affermazione dovrebbe essere corroborata da un criterio che sia in grado di discernere le circostanze in cui la nutrizione artificiale possa effettivamente considerarsi un trattamento sanitario, da ipotesi differenti. “Ora, la norma trova probabilmente la sua ragion d'essere nell'intento di opporsi attraverso una esplicita previsione legislativa agli orientamenti che avevano inteso escludere a priori, in qualsiasi caso, il carattere sanitario della nutrizione e della idratazione artificiali. Ma non può giungere ad attribuire presuntivamente tale carattere allorché queste ultime, secondo criteri medici, non

4. La non punibilità del medico *ex art. 590 sexies c.p.*

Il mondo del diritto penale e quello dell'attività medico sanitaria si sono, negli ultimi anni, confrontati, nel tentativo di trovare nuovi equilibri, non solo con la previsione di un'esenzione della responsabilità del medico sancita dalla legge in esame, ma anche nella recente introduzione di una causa di non punibilità dell'esercente la professione sanitaria, con l'introduzione dell'art. 590 *sexies* c.p. ad opera della legge dell'8 marzo 2017, n. 24.

Il legislatore è intervenuto con la legge Gelli – Bianco, in riforma della legge Balduzzi¹⁶, proponendosi di superare, o quanto meno arginare, il fenomeno della medicina difensiva¹⁷ e, allo stesso tempo, garantire ai pazienti la sicurezza delle cure.

assumano una funzione terapeutica, bensì di mero sostegno vitale: il che vale, ovviamente, anche per le ipotesi in cui alla nutrizione e all'idratazione artificiali si riferiscano disposizioni anticipate di trattamento".

¹⁶ Sulla legge Balduzzi, *ex multis*, L. RISICATO, *Colpa medica "lieve" e "grave" dopo la legge Balduzzi: lo iato tra terapia ideale e reale come parametro di graduazione della responsabilità del sanitario*, in *Giurisprudenza Italiana*, Gennaio 2014, p. 160; A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa University Press, 2014; A. DI LANDRO, *Le novità normative in tema di colpa penale (l. 189/2012, C.D. "Balduzzi). Le indicazioni del diritto comparato*, in *Rivista Italiana di medicina legale*, n. 2/ 2013, p. 833; C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave nella legge 189 del 2012*, in AA.VV, *Scritti in onore di A. M. STILE*, Napoli, 2013, p. 546; M. CAPUTO, *"Filo d'Arianna" o "flauto magico"? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2012, p. 882; C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dalla c.d. Legge Balduzzi*, in *riv. trim. pen. cont.*, n. 2013, 4, p.52.

¹⁷ La medicina difensiva, forma patologica dell'agire medico, si sostanzia in una serie di azioni o omissioni, nell'adozione di misure terapeutiche e diagnostiche la cui finalità principale non è la salvaguardia della salute del paziente, quanto piuttosto la tutela del sanitario contro il rischio di incorrere in un contenzioso medico legale. Così agendo la condotta del medico si distanzia dal rispetto del criterio essenziale che dovrebbe orientare il suo operato: il bene del paziente al di là di qualsiasi condizione di conflitto di interessi. Si parla di medicina difensiva positiva quando il sanitario prescrive esami e terapie non necessarie ai fini della diagnosi e della determinazione del relativo trattamento terapeutico. Atteggiamenti difensivi positivi, oltre che a sottoporre il paziente a procedure diagnostiche o accertamenti specifici invasivi, rappresentano la causa di un notevole aumento dei costi della sanità. Si parla invece di medicina difensiva negativa, in riferimento a condotte di tipo astensionistico, qualora si faccia riferimento a tutti quei casi in cui il medico sceglie la procedura meno rischiosa o eviti a priori il rapporto terapeutico con il paziente che rappresenti un caso particolarmente rischioso: il medico evita pazienti o procedure ad alto rischio per paura di incorrere in un contenzioso medico legale.

Sulla medicina difensiva *ex multis* U. GENOVESE, P. MARIOTTI, *Responsabilità sanitaria e medicina difensiva*, Maggioli Editore, 2013 p.1; A. MANNA, *Medicina Difensiva e diritto penale*, Pisa University press, 2014 p.13; A. VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, 1, pp. 2-16; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè Editore, 2012 p.8; P. MARIOTTI

Per quanto di interesse in materia penale è con gli art. 5 e 6 della l.n. 24/2017 che si è cercato di restituire all'esercente la professione sanitaria una dimensione denotata da maggiori certezze. La medicina difensiva, infatti, si radica proprio lì dove il terreno è incerto.

L'obiettivo del legislatore, a partire dalle risultanze della legge Balduzzi, era quello di limitare quanto più possibile l'ambito di discrezionalità del giudice e dei periti, ancorando le scelte del medico in relazione al caso concreto alle linee guida introdotte mediante apposito processo di accreditamento¹⁸.

La novità più rilevante ai fini del discorso penalistico è rappresentata dall'introduzione dell'art. 590 *sexies* c.p. - *responsabilità colposa per morte o per lesioni personali in ambito sanitario*, a mente del quale per i fatti previsti dagli artt. 589 e 590 c.p. nell'ambito dell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene in essi previsti, disciplinando poi nel secondo comma una causa di esenzione dalla responsabilità: *"qualora l'evento si è verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto"*.

Dunque il legislatore ha introdotto nell'ordinamento una norma *ad hoc* per la professione medica, che non consta della previsione di una particolare fattispecie di omicidio in ambito sanitario, ma agisce nel senso di adeguare il modello di imputazione colposa alle caratteristiche dell'attività medica¹⁹.

E R. CAMINITI *La medicina difensiva. Questioni giuridiche assicurative, medico legali*, Maggioli Editore, 2011 p. 219; V. PALIERO, F. RANDAZZO, P. DANESINO, F. BUZZI, *Cause e mezzi della medicina difensiva: riflessioni medicolegali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, 1, p. 17; F. PALAZZO, *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 9, p.1061

¹⁸ F. D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir.pen. proc.*, p. 578; C. CUPELLI, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Cass. Pen.*, 2017, 5, pag. 1765B_{SEP}

¹⁹ Coerentemente con il processo di *frammentazione del modello unitario di imputazione colposa per i delitti di omicidio e lesioni personali*. In questo senso, diversa è, invece, la linea intrapresa nell'introduzione degli artt. 589 bis e 590 bis c.p., che introducono ipotesi autonome di reato, volte ad un regime sanzionatorio più rigido, senza che si sia reso necessario modellare tali ipotesi al delitto colposo così come disciplinato dall'art. 43 c.p.

In tal senso A. MASSARO, *L'art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, in *Arc. Pen.*, 2017, n. 3.; M. GAMBARDELLA, *La responsabilità penale del medico: dal "ritaglio di tipicità" del decreto Balduzzi alla "non punibilità" della legge Gelli-Bianco*, in *Arch. Pen. web*, 21 maggio 2018; L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in *Leg. pen.*, 2017, 3 ss.; G. M. CALETTI, L. M. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-*

In tal senso s'introduce un regime favorevole che escluda la punibilità quando la condotta del medico sia denotata imperizia, ma, allo stesso tempo, egli abbia rispettato le linee guida e le buone pratiche accreditate nella comunità scientifica, identificando quelle più idonee al caso concreto²⁰.

Secondo la nuova disciplina, quindi, l'agire del medico è penalmente rilevante qualora la sua condotta sia denotata da negligenza e imprudenza, ovvero quando abbia individuato le linee guida non aderenti al caso concreto.

Al contrario si esclude la punibilità quando la condotta sia connotata da imperizia, ma, allo stesso tempo, il professionista abbia ben diagnosticato la patologia ed individuato il corretto percorso terapeutico grazie alla scelta di linee guida adeguate.

Insomma, ci è chiesti, ma allora qual è il margine applicativo dell'art. 590 *sexies*?

Occorre premettere che sin dalle primissime applicazioni pratiche della nuova disciplina in ambito di responsabilità medica si è reso evidente un solo punto fermo: l'incertezza applicativa dell'art. 590 *sexies* c.p..

La sensazione di rassicurazione con la quale la classe medica ha favorevolmente accolto la nuova novella ha avuto, infatti, vita breve.

Il contrasto giurisprudenziale, poi sciolto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, si è focalizzato principalmente sull'ipotesi in cui il medico abbia correttamente diagnosticato la patologia e giustamente individuato le linee guida in relazione al caso concreto, ma abbia commesso un errore per imperizia durante l'esecuzione delle stesse.

Nella prima pronuncia, sentenza Tarabori²¹, i giudici di legittimità prendono le mosse dall'interpretazione letterale della norma, secondo cui la punibilità del medico sarebbe esclusa anche quando un errore esecutivo abbia determinato l'evento lesivo a causa di una condotta imperita, se nella relazione terapeutica il medico si sia comunque attenuto al rispetto delle linee guida accreditate.

Evidenziando la "disarticolante contraddittorietà" del contenuto dell'art. 590 *sexies* c.p., la Corte respinge tale impostazione precisando come non sia possibile disgiungere il momento accertativo del rispetto delle linee guida e dell'accertamento dell'imperizia.

Bianco" nella prospettiva del diritto penale, in *Riv. trim pen. cont.*, 2017, 2, pp. 87-88;

²⁰ C. CUPELLI, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge legge Gelli – Bianco*, cit. p. 1765

²¹ Cass. pen., Sez. IV, sent. 20 aprile 2017 (dep. 7 giugno 2017), n. 28187, con nota di C. CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio*, in *Dir.pen.cont.*, 2017, 6.; A. MASSARO, *La legge Balduzzi e la legge Gelli-Bianco sul banco di prova delle questioni di diritto intertemporale: alle Sezioni unite l'ardua sentenza*, in *Giur. Pen. Web*, 2017, 12; ¹_{SEP} G.M. CALETTI E M.L. MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir.pen.proc.*, 2017, p. 1369

Ed invero questa lettura della norma determinerebbe un gravissimo *vulnus* del diritto alla salute, si arriverebbe infatti ad escludere la responsabilità penale del medico che abbia commesso anche errore macroscopici, per il solo fatto che in qualche momento dell’*iter* terapeutico abbia ben individuato le linee guida corrispondenti al caso concreto.

La sola lettura possibile della nuova disposizione sarebbe, secondo questa impostazione, quella che non solo accerti l’appropriatezza delle linee guida al caso concreto, ma ne vagli la loro corretta attuazione per tutto il corso della relazione terapeutica, sì da evitare contrasti con l’art. 32 Cost. e con il principio di colpevolezza.

Come se lo sforzo motivazionale effettuato dagli Ermellini nella sentenza Tarabori non fosse stato effettuato²², a pochi mesi di distanza dalla stessa i giudici di legittimità tornano ad esprimersi sull’errore esecutivo del medico, discostandosi completamente dal precedente provvedimento, senza farne menzione.

Secondo l’impostazione della sentenza Cavazza²³ l’errore del medico dovuto ad imperizia nella fase esecutiva dell’atto terapeutico, così come individuato dalla linee guida adeguate al caso concreto, rappresenta l’ambito d’elezione della causa oggettiva di non punibilità di cui all’art. 590 *sexies* c.p., in conformità della finalità che con questa legge il legislatore ha inteso perseguire.

Secondo l’intenzione del legislatore, dunque, l’unica ipotesi in cui permane l’affermazione di responsabilità del medico è quella dell’imperizia *in eligendo*, cioè l’individuazione di linee guida inadeguate al caso concreto.

Sulla questione controversa sono intervenute le Sezioni Unite²⁴ che si sono sforzate di dare una lettura costituzionalmente orientata dell’art. 590 *sexies* c.p.

A tal fine, valorizzandone il senso, le Sezioni Unite assumono la gradazione della colpa come mezzo per trovare un punto di raccordo tra le differenti

²² Sul punto si è parlato di un *deficit di comunicazione* all’interno della stessa Quarta Sezione della Corte di Cassazione, C. CUPELLI, *Cronaca di un contrasto annunciato: la legge Gelli-Bianco alle Sezioni Unite*, in *riv.trim.pen.cont.*, 2017, 11.

²³ Cass. pen., Sez. IV, sent. 19 ottobre 2017 (dep. 31 ottobre 2017), n. 50078, con nota di C. Cupelli, *Quale (non) punibilità per l’imperizia? La Cassazione torna sull’ambito applicativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto: si avvicinano le Sezioni Unite*, in *www.pwnalecontemporaneo.it*, 7 novembre 2017; A. MASSARO, *La legge Balduzzi e la legge Gelli-Bianco sul banco di prova delle questioni di diritto intertemporale: alle Sezioni unite l’ardua sentenza*, cit.; M. GAMBARDELLA, *La responsabilità penale del medico: dal “ritaglio di tipicità” del decreto Balduzzi alla^[SEP] “non punibilità” della legge Gelli-Bianco*, cit.

²⁴ Cass. SSUU, sent. 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018), n. 8770, con nota di C. CUPELLI, *L’art. 590 sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un’interpretazione “costituzionalmente conforme” dell’imperizia medica (ancora) punibile*, in *Dir.pen.cont.*, 2018

esigenze della classe medica, senza rischiare allo stesso tempo di compromettere la sicurezza delle cure.

Dunque il contrasto sorto viene superato facendo un passo indietro: le Sezioni Unite reintroducono per via giurisprudenziale la distinzione, già presente nella legge Balduzzi, tra colpa lieve e colpa grave.

In sostanza *"l'esercente la professione sanitaria risponderà, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica:^[L]_[SEP]a) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da negligenza o imprudenza;*

b) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali:^[L]_[SEP]c) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia nella individuazione e nella scelta di linee-guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate alla specificità del caso concreto;

d) se l'evento si è verificato per colpa "grave" da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico²⁵"^[L]_[SEP]

Sebbene non sia questa la sede in cui appare rilevante approfondire gli elementi di criticità della legge Gelli-Bianco, occorre rilevare come anche in questo caso – così come nell'evoluzione che ha portato all'emanazione della legge sulle DAT- la giurisprudenza ha giocato un ruolo fondamentale.

Tuttavia ci si è chiesti se un'interpretazione costituzionalmente conforme delle Sezioni unite potesse estendersi sino al punto di introdurre nella fattispecie un elemento ulteriore rispetto alla lettera della norma, cioè la graduazione della colpa per imperizia²⁶.

In particolari dubbi sorgono in ordine alla compatibilità di una tale lettura della norma con le ragioni di garanzia e certezza del diritto, in considerazione del fatto che la gradazione della colpa per imperizia non è parte della scelta operata dal legislatore.

Secondo altra visione, a placare i timori, per riportare le parole del Presidente Canzio, *non si tratta di un'operazione creativa contro la volontà del legislatore, non è stata inventata una regola, ma riportata a razionalità²⁷.*

²⁵ Cass. SSUU, sent. 21 dicembre 2017, cit. paragrafo 11.

²⁶ C. CUPELLI, *L'art. 590 sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite*, cit.

²⁷ In occasione di un ciclo di seminari dal titolo *"Il giudice-interprete e la formazione del diritto: casi e questioni"*, tenuti dal Prof. G. Canzio, Università La Sapienza, 17 maggio 2018.

5. L'art. 1 comma 6 l.n. 219/2017 e l'art. 590 *sexies* c.p: due facce della stessa medaglia?

Analizzato il contenuto dei recenti interventi del legislatore in materia di responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria, si tenta di tirarne le somme al fine di comprendere se ci siano dei punti di contatto.

Certamente pare potersi affermare che gli interventi effettuati dal legislatore in tal senso siano entrambi ispirati dalla volontà di assicurare al medico un contesto professionale denotato da maggiori certezze, il che inevitabilmente si ripercuote nella relazione terapeutica, che ne esce (o almeno dovrebbe) rafforzata, garantendo maggiore sicurezza delle cure per il paziente.

Con lo stesso tono certo si può dire altresì che entrambi gli interventi legislativi siano stati mossi da un acceso dibattito prima di tutto sociale, giurisprudenziale poi, come si è avuto modo di appurare precedentemente.

In termini generali la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria si determina in relazione al rapporto tra la libera autodeterminazione del paziente da un lato, e la competenza del medico dall'altro.

Quando il diritto penale incontra il mondo della medicina, né l'uno né l'altro fattore, che ruotano intorno alla responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria, può essere trascurato, dal momento che i diritti e i doveri in capo al medico e al paziente si trovano in una posizione di complementarietà.

In tal senso si può affermare che la l.n. 219/2017 abbia inciso per lo più sulla sfera dell'autodeterminazione del paziente, colmando la lacuna lasciata dalla legge Gelli-Bianco che si focalizza, invece, sulla sfera dell'esercente la professione sanitaria. Quest'ultima, invero, àncora l'attività del medico al rispetto di linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica – secondo le disposizioni di cui all'art. 5 della legge – e si preoccupa, in qualche modo, non solo di disciplinare ipotesi di non punibilità, ma anche di definire la competenza del professionista.

Il medico, come anche specificato dalla Sezioni Unite, non solo deve essere accurato nella valutazione e nella diagnosi del paziente, ma deve altresì essere preparato e aggiornato sulle *leges artes* e sulle nuove acquisizioni scientifiche, sì da essere in condizione di fare *ex ante* scelte in merito al corretto *iter* terapeutico del paziente e di seguirne correttamente l'evoluzione. Sono queste le premesse da cui il legislatore parte al fine di definire la sfera di non punibilità definita dall'art. 590 *sexies* c.p.

Nella legge Gelli-Bianco si parla di linee guida e del loro accreditamento, di responsabilità o non responsabilità, ma non si affrontano profili inerenti alla volontà del paziente. L'autodeterminazione del paziente è invece il cuore della legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento, mentre quanto all'ambito della responsabilità del medico sono dedicate poche - forse troppo poche - parole.

Quando si parla di responsabilità del medico, o meglio di esenzione della responsabilità, non si può fare a meno di mettere in evidenza come le competenze che al medico si richiedono sono poste al servizio del paziente, che deve essere accompagnato nell’espressione della sua volontà tramite il consenso informato.

Si deve dare atto al legislatore di come abbia efficacemente espresso questo concetto nell’art. 1 co. 8 l.n. 219/2017, nel quale si dice che *il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce il tempo di cura*.

Il tempo di cura è un percorso d’incontro tra autonomia e responsabilità²⁸ nel quale l’una integra l’altra.

In tal senso si sono mosse esitazioni per il timore che la classe medica si veda, a seguito della legge sul “fine vita”, ridurre il proprio ruolo a mero esecutore della volontà del paziente.

Come accennato, a differenza della legge Gelli-Bianco, la l.n. 219/2017 non si focalizza particolarmente sulla figura del medico, celando anche alcuna specifica norma sull’eventuale diritto del medico di rifiutarsi a sua volta di adempiere alle richieste del paziente, quando queste fuoriescano dalla sua personale sfera etica, esercitando una vera e propria obiezione di coscienza²⁹.

Quanto alla possibilità che il medico possa appellarsi al diritto di esercitare l’obiezione di coscienza al fine di non attualizzare la richiesta interrutiva del paziente, si deve tener presente che è lo stesso testo normativo a sostenere che il medico è esente da ogni obbligo professionale quando le richieste del paziente siano contrarie alla deontologia professionale.

Ora, si tratta di comprendere cosa debba intendersi per *trattamento sanitario contrario alla deontologie professionale*.

Il codice di deontologia medica disciplina la c.d. clausola di coscienza, prevedendo all’art. 22 che *il medico può rifiutare la propria opera professionale quando vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici, a meno che il rifiuto non sia di grave e immediato nocimento per la salute della persona, fornendo comunque ogni utile informazione e chiarimento per consentire la fruizione della prestazione*.

Di particolare rilievo sembra essere il riferimento alla *propria coscienza*, nella misura in cui certamente il legislatore ha, giustamente, scelto, con le previsioni di cui alla legge n. 219/2017, di dare massima espressione alla volontà del paziente, che in alcun modo può essere limitata sulla base della motivazione esistente dietro ad una scelta di interrompere un trattamento sanitario, seppur vitale.

²⁸ C. CASONATO, *Una legge più realista del re*, in *Riv. Mul. On line*, 21 aprile 2017, p. 3.

²⁹ C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *riv.trim. pen. cont.*, 2017, 12, p. 4.

Ciò significa che l'unico vaglio che il medico può porre in essere è in merito all'effettività del consenso libero ed informato, non essendo di sua competenza un giudizio eticamente orientato in merito alla scelta del malato. Tuttavia, dal momento che, come visto in precedenza, l'interruzione di un trattamento può, a seconda dei casi, richiedere un'azione da parte del medico - seppur finalizzata a realizzare un'omissione - ci si chiede se sia possibile individuare una sfera di coscienza entro la quale il medico possa decidere di non agire sul corpo del paziente, quando questo sia volto ad interrompere un trattamento salvavita.

In sostanza, esiste un limite a ciò che al medico può essere richiesto?

Nonostante la legge risponda a tale interrogativo negando obblighi del medico a fronte di richieste di trattamenti che siano contrari a norme di legge e alla deontologia professionale, sicuramente tale ultimo riferimento può destare dei dubbi che, probabilmente, andranno chiariti, anche sulla base della risposta della classe medica³⁰.

³⁰ L. EUSEBI, cit., p. 419 ss., esprimendo una posizione fortemente contraria alla possibilità di obbligare il medico ad agire sul paziente al fine di interrompere un trattamento salvavita, sostiene che quando l'indisponibilità ad agire contro coscienza da parte del destinatario di un obbligo attenga alla volontà di salvaguardare un bene rientrante entro l'ambito dei diritti umani fondamentali (al di là di qualsiasi valutazione circa i motivi che consentano, legalmente, la produzione di effetti a suo detrimento), deve ritenersi che il diritto di sottrarsi all'obbligo per ragioni di coscienza abbia non soltanto fondamento costituzionale, ma sia direttamente desumibile dalla Costituzione, pur quando, dunque, non contemplato in una specifica norma di legge”. Mentre posizione differente è presa da A. VALLINI, *Rifiuto di cure “salvavita” e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2008, 1, p. 78 ss, secondo cui, in assenza di una disciplina specifica in ambito di obiezione di coscienza praticabile nelle ipotesi decisioni sul fine vita, “finché il medico mantiene la posizione di garanzia, ha il dovere di sospendere le cure rifiutate e di attuare, invece, quelle ancora utili e coperte dal consenso; senonché, egli può rinunciare *tout court* alla posizione di garanzia. Tale alternativa, tuttavia, pare quanto meno problematica, se affermata in termini incondizionati, mancando un'espressa autorizzazione legale all'obiezione di coscienza in casi del genere. Alla luce della teoria del reato omissivo improprio, può al più riconoscersi al medico la facoltà di “trasferire” alcuni obblighi inerenti al proprio ruolo (nel caso di specie, l'obbligo di sostituire la terapia illecita, perché non voluta, con l'altra doverosa) ad un collega competente ed oggettivamente in grado di (e disposto a) osservarli. In questo modo, il garante comunque adempie, mediante la collaborazione altrui, ai doveri su di lui gravanti. Preme ricordare che, senza il consenso del paziente, questa cessione di responsabilità non è totalmente liberatoria per il cedente (che dunque potrà rispondere a titolo di concorso, se del caso, dell'eventuale illecito commesso dal delegato), non essendo unilateralmente disponibile la *titolarità* di una posizione di protezione preposta alla tutela di interessi fondamentali altrui; eccettuata, forse, l'ipotesi di trasferimento conforme alle regole di organizzazione interna di una struttura pubblica, dato che, in caso di affidamento al servizio sanitario, il paziente, in linea di principio, ha diritto ad ottenere la prestazione, ma non a scegliere lo specifico medico-persona fisica”.

Questi dubbi avvalorano la percezione per cui non si possa disciplinare sulla volontà del paziente, senza che ciò, inevitabilmente, ricada sulla figura del medico e viceversa, la sensazione non deve essere quella che “se si mette da una parte, si toglie dall’altra”, gli interventi legislativi devono mirare alla ricerca di un equilibrio che sia quello proprio dei vasi comunicanti.

Tuttavia, il timore di svilimento della figura del medico, quale mero esecutore della volontà testamentaria del paziente, deve ritenersi superato in considerazione del fatto che egli è parte della relazione di cura, non in quanto mero contenitore di conoscenze scientifiche, ma perché è vincolato ai doveri ed ai criteri di appropriatezza propri della professione³¹.

Orbene, *la competenza, l’autonomia professionale e la responsabilità del medico* (art. 1, comma 2, l.n. 219/2017) cui si riferisce il legislatore, non possono essere considerarsi limitati alla sola fase dell’informazione e dell’espressione del consenso del paziente.

Tali componenti attengono, invece, anche alla fondamentale fase dell’individuazione dei trattamenti sanitari praticabili nel caso concreto e alle modalità della loro esecuzione,³² così come previsto dalla disciplina della legge Gelli-Bianco, con particolare riferimento all’art. 5³³ secondo cui *gli esercenti le professioni sanitarie, nell’esecuzioni delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative e riabilitative, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle buone pratiche clinico-*

³¹Codice di Deontologia medica, Art. 3 Doveri generali e competenze del medico
Doveri del medico sono la tutela della vita, della salute psico-fisica, il trattamento del dolore e il sollievo della sofferenza, nel rispetto della libertà e della dignità della persona, senza discriminazione alcuna, quali che siano le condizioni istituzionali o sociali nelle quali opera.[...] La diagnosi a fini preventivi, terapeutici e riabilitativi è una diretta, esclusiva e non delegabile competenza del medico e impegna la sua autonomia e responsabilità.

Art. 6 Qualità professionale e gestionale: “Il medico fonda l’esercizio delle proprie competenze tecnico-professionali sui principi di efficacia e di appropriatezza, aggiornandoli alle conoscenze scientifiche disponibili e mediante una costante verifica e revisione dei propri atti”

³² 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, 2, p. 415.

³³ P.F. POLI, *Il d.d.l. Gelli-Bianco: verso un’ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?*, in *Riv.trim.pen.cont.*, 2017, 2, p. 67 ss.; G.M. CALETTI - M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco” nella prospettiva del diritto penale*, in *Riv. Trim. pen. cont.*, p. 84 ss.; C. CUPELLI, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, cit., p. 1765^[1]_[SEP]; F. D’ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma “Gelli-Bianco”*, cit.; A. ROIATI, *La colpa medica dopo la legge “Gelli-Bianco”:* *contraddizioni irrisolte*^[1]_[SEP] *nuove prospettive ed eterni ritorni*, in *Arch.pen.*, 2017, 2.

*assistenziali e alle raccomandazioni previste dalle linee guida elaborate dalle società scientifiche*³⁴.

Si è detto che la competenza e la responsabilità del medico nella fase in cui informa il paziente - che viene così posto nella condizione di esprimere un consapevole e libero consenso - rappresenta solo una fase della relazione terapeutica.

Questa fase deve considerarsi come particolarmente delicata, in quanto la competenza del medico chiaramente influisce sul processo decisionale del malato, che si determina in ragione delle opzioni che il professionista gli prospetta.

In tal senso, si consideri il caso in cui il paziente, nonostante la mancata collaborazione del medico, anche sul presupposto che il suo consenso è pur sempre revocabile, sia spinto a sottoporsi ad un trattamento sanitario che ne determini la morte.

Senza dubbio, si è dinanzi ad una violazione del dovere di informare che incombe sull'esercente la professione sanitaria. Ma ci si chiede se ci sia, ed eventualmente quale sia, la sfera di responsabilità del medico, nella misura in cui si accerti che in presenza di una corretta informazione - basata sulle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica - l'evento non si sarebbe verificato. Pare questa un'ipotesi che potrebbe determinare l'operatività dell'art. 590 *sexies* c.p. in tema di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria.

Anche nell'ipotesi in cui il paziente scientemente scelga di interrompere il trattamento sanitario o di non intraprenderlo, occorre precisare che, nonostante venga meno il dovere di cura, non tutti gli obblighi in capo al medico si esauriscono.

Piuttosto si assiste ad una mutazione del contenuto della posizione di garanzia³⁵.

³⁴ Sono state espresse, in dottrina, perplessità in merito all'intervento di interessi economici, seppur inespressi, nella gestione delle tematiche in relazione al “fine vita” sotto il profilo del condizionamento mediatico esercitato sul paziente, sia sotto il profilo della matrice economia che potrebbe condizionare la formazione delle linee guida accreditate presso la comunità scientifica: “La questione è data dalla concreta possibilità che le linee guida finiscano, talora, per tenere conto, in modo non sempre palese, di valutazioni puramente economiche, e ciò non soltanto nell'ottica di una ripartizione equa delle risorse. Come pure va evidenziato il pericolo che la redazione stessa delle linee guida, ad opera delle istituzioni preposte, possa essere influenzata dalle esigenze di soggetti economici che operino nell'ambito delle produzioni rilevanti per l'attività medica. Il tutto, ancora una volta, a discapito dei soggetti deboli per i quali non si ritenga opportuno, o remunerativo, l'impiego di risorse.”, in tal senso L. EUSEBI, cit. p. 429.

³⁵ Sul punto C. CUPELLI, *Diritti e doveri del medico nelle “scelte di fine vita”*, cit. p. 265 ss.

Il medico è, infatti, investito dall'obbligo di persuasione del paziente, non nel senso di voler incidere paternalisticamente sulla sua scelta, quanto al fine di accertare che sia garantito l'equilibrio tra la tutela della salute e l'autodeterminazione; il medico deve altresì assicurare l'assistenza psicologica e morale che la volontà del paziente richiede, così da scongiurare il rischio che alla scelta di non essere curati corrisponda un abbandono terapeutico, ciò anche attraverso le ulteriori informazioni che al paziente devono essere date in ordine al decorso e agli effetti che derivano dalla sospensione delle cure.

Pare, insomma, potersi dire scongiurato il timore della classe medica di essere "meri esecutori testamentari" della volontà del paziente dal momento che, a prescindere da come si orienti la volontà del malato, il medico e il paziente fanno parte di un'alleanza, che mira nella stessa direzione.

Per di più sembra, dunque, possibile ravvisare un'interrelazione tra i due provvedimenti normativi in ambito sanitario, sia sotto il profilo dell'oggetto trattato che sotto il profilo di responsabilità.

La legge Gelli-Bianco e la legge n. 219/2017 sono state emanate a pochi mesi di distanza l'una dall'altra, hanno percorso strade - solo in parte - differenti, per cui l'impressione potrebbe essere quella di trovarsi dinanzi ad interventi legislativi che si occupano di tematiche differenti.

Pare, tuttavia, il caso di porre in evidenza che entrambe ineriscono alla relazione terapeutica tra medico e paziente - seppur sotto profili differenti - e che le due posizioni si trovino in una relazione dialettica, che si confronta con le istanze di cura.

Insomma, le due leggi sono due facce della stessa medaglia, che, in quanto tali, interagiscono tra di loro, alla ricerca di un equilibrio che possa garantire la sicurezza delle cure, la piena attuazione dell'autodeterminazione del paziente ed il superamento della medicina difensiva.