

## **La funzione politico-criminale del nuovo divieto di accanimento terapeutico: i limiti ai doveri di protezione del medico e il rischio sanitario non consentito.**

di **Vincenzo Tigano** (assegnista di ricerca in diritto penale)

*Il contributo mira ad analizzare gli effetti che il divieto di accanimento terapeutico, sancito dall'art. 2, co. 2, della legge n. 219/2017, sortisce sui diritti del paziente e sui doveri del medico, nonché la sua funzione politico-criminale.*

*Il presupposto di applicazione del divieto è che sul malato sia stata effettuata una prognosi infausta a breve termine o di decesso imminente; esso diviene operativo quando il medico preveda che il suo intervento sarebbe inutile, sproporzionato o irragionevole. In relazione a questi due aspetti, la norma appare carente di determinatezza, lasciando al sanitario un ampio potere discrezionale, la cui criticità è accentuata dal fatto che l'art. 1, co. 6, esclude che il paziente abbia il diritto di richiedere trattamenti sanitari contrari a norme di legge.*

*Quanto alla funzione politico-criminale assolta dal divieto, si sottolinea che la norma impone al medico un comportamento omissivo e che appone un limite al suo dovere di proteggere la vita del paziente, così escludendo che il mancato impedimento dell'evento-morte sia equivalente alla sua causazione, secondo quanto previsto dall'art. 40, comma 2, c.p. Successivamente viene chiarito che l'art. 2, co. 2, svolge al contempo una funzione precauzionale sulla salute psicofisica del paziente: tracciando il discrimen tra rischio consentito e rischio radicalmente vietato in medicina, cioè tra atti medici terapeutici e non terapeutici, il divieto si traduce in una regola cautelare di astensione per il medico.*

*Infine, vengono delineati i termini di una riforma della norma, sollecitando il legislatore a non conferire al medico un eccessivo potere discrezionale, e piuttosto a restituire rilevanza alla volontà del paziente.*

*The article aims to analyze effects of the prohibition of therapeutic obstinacy, provided for by art. 2, para. 2, of the Law n° 219/2017, on patient's rights and doctor's duties, as well as its political-criminal function.*

*The precondition necessary to apply the ban is that a patient had a poor short-term prognosis or a prognosis of imminent death; the prohibition becomes effective when a doctor foresees that his intervention would be useless, disproportionate or unreasonable. In relation to these two aspects, the rule appears to be lacking in precision, giving doctors a wide discretionary power,*

*whose criticality is emphasized by art. 1, co. 6, which excludes that patients have the right to request health treatments contrary to the law.*

*With regard to political-criminal function of the ban, it is emphasized that the rule imposes an omissive behavior on doctors and limits their duty to protect patients' life, thus excluding that failure to prevent death-event can be equivalent to its causation, according to the provisions of art. 40, par. 2, p.c. Subsequently, it is clarified that the art. 2, para. 2, performs also a precautionary function on patient's psycho-physical health: 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, urging the legislator to avoid giving doctors too wide discretionary power and to restore relevance to patients' 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 o di decesso imminente del paziente. - **3.** La complessa individuazione dei confini di operatività del divieto. - **3.1.** La prognosi sull'inutilità, sproporzione e irragionevolezza dei trattamenti e delle 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", le condotte omissive imposte al medico e la limitazione del suo dovere di protezione della vita del paziente. - **5.** I nuovi termini della relazione terapeutica tra paziente e medico nel contesto dell'accanimento terapeutico: l'irrilevanza della volontà di ricevere le cure e i trattamenti. - **6.** Accanimento terapeutico e rischio non consentito: la responsabilità del medico per lesioni colpose. - **7.** Riflessioni conclusive: verso un recupero del ruolo della volontà del paziente nel caso dell'accanimento terapeutico "in senso ampio".

**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. 219/2017<sup>1</sup>, 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*».

L’art. 2, co. 2, fa ricorso a parametri definitivi assolutamente indeterminati, sia per ciò che concerne i presupposti del divieto sia per quanto riguarda le stesse condotte proibite: come avremo modo di approfondire, sia i concetti di “imminenza” della morte e di “prognosi infausta a breve termine”, sia quelli di “ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure” e di trattamenti “sproporzionati”, pongono delicate questioni risolutorie in capo all’interprete, con problematiche e contraddittorie conseguenze sul piano applicativo: da una parte, il medico sembra detenere un’ampia libertà di decidere se intervenire sul malato, o meno; dall’altra, lo stesso sanitario sopporta il rischio che il giudice, sempre sulla base degli imprecisi parametri normativi, ritenga infondata la sua previa valutazione e che lo condanni per l’omicidio colposo del paziente mediante omissione dei trattamenti doverosi.

Sebbene la dottrina abbia talvolta collocato l’astensione del medico dalle terapie integranti l’accanimento terapeutico entro il concetto di “eutanasia passiva”<sup>2</sup>, si può tracciare fin da adesso una sostanziale linea di *discrimen* 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 che ne avrebbero consentito la

---

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

<sup>2</sup> Così F. STELLA, *Il problema giuridico dell’eutanasia: l’interruzione e l’abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, p. 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, p. 3. *Contra* M. RONCO, *L’indisponibilità della vita: assolutizzazione del principio autonomistico e svuotamento della tutela penale della vita*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 15, 2009, p. 20, che sottolinea come «molto spesso vengono descritti come eutanasi, con indebita estensione del termine, comportamenti perfettamente rispettosi del diritto alla vita, che si collocano nel perimetro del rifiuto di un indebito accanimento terapeutico». 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, p. 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, p. 67.

sopravvivenza: tipico e controverso esempio è il decesso di soggetti in stato vegetativo permanente (SVP), dovuto all’omessa applicazione, o all’interruzione, di presidi di sostegno vitale, come l’idratazione, la ventilazione e il nutrimento artificiale<sup>3</sup>. Invece, nel caso dell’omesso “accanimento terapeutico” (espressione, quest’ultima, che evidentemente si riferisce a un comportamento piuttosto che a un evento, a differenza della nozione di “eutanasia”), l’ipotetica applicazione dei trattamenti non sortirebbe alcun effetto rilevante per la salute o per la sopravvivenza del paziente, o comunque potrebbe arrecare un pregiudizio alla sua integrità psicofisica, anche solo in termini di aumento delle sofferenze patite, in grado di 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)<sup>4</sup>, esimendo il medico da ogni tipo di responsabilità penale o civile per non averne impedito la morte, *ex art. 1, co. 6, prima parte*<sup>5</sup>; dall’altra, vieta al sanitario l’ostinazione irragionevole nelle cure e l’applicazione di trattamenti inutili o sproporzionati (art. 2, co. 2), non

---

<sup>3</sup> Inquadrano queste ipotesi nell’“eutanasia passiva”, lecita se avvenuta col consenso del destinatario delle cure, F. STELLA, *Il problema giuridico dell’eutanasia*, cit., p. 1018; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 89 ss.; M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno “spazio libero dal diritto”*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 913; F. VIGANÒ, *Esiste un “diritto a essere lasciati morire in pace”? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, p. 8; L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell’esperienza penalistica*, Giappichelli, Torino 2008, p. 30 ss.; ID., *Autodeterminazione del paziente e responsabilità penale del medico*, in *Ius17*, 2009, p. 443 ss. *Contra* S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 693, secondo cui «il concetto stesso di eutanasia è escluso dal rifiuto della cura da parte del malato».

<sup>4</sup> «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».

<sup>5</sup> «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 seconda ipotesi come eutanasia passiva consensuale e lecita, P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita*, cit., p. 3.

riconoscendo al paziente il diritto di manifestare una volontà contraria, *ex art.* 1, co. 6, seconda parte <sup>6</sup>.

Tralasciando, per ora, di affrontare la questione opposta, ossia se l'applicazione di trattamenti di sostegno vitale su pazienti irreversibilmente privi di coscienza possa costituire una forma di accanimento terapeutico, e se quindi in certi casi possa essere preclusa dalla legge prima ancora che dalla volontà contraria del paziente (eventualmente manifestata anzitempo mediante il cd. “testamento biologico”, disciplinato dall'art. 4 della normativa in oggetto) <sup>7</sup>, va subito chiarito che nella proibizione non rientra certamente la somministrazione di cure palliative sul malato con prognosi infausta a breve termine o imminente, in quanto consistenti 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) <sup>8</sup>, consentendogli anche la sedazione palliativa profonda, con il consenso del paziente (art. 2, co. 2, seconda parte)<sup>9</sup>.

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

L'art. 2, co. 2, esordisce con una clausola mirata a individuare il presupposto soggettivo 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

---

<sup>6</sup> «*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*».

<sup>7</sup> Sull'assenza di “sproporzione” nei trattamenti di sostegno vitale, che ne escluderebbe l'inquadramento nel divieto di accanimento terapeutico, si veda *infra*, § 3.1.

<sup>8</sup> «*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*».

<sup>9</sup> «*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*».

riferisca al solo decesso del paziente: in altre parole, il divieto di accanimento terapeutico avrebbe come destinatario indiretto il solo paziente prossimo alla morte, e non anche il paziente il cui quadro clinico evidenzia che in breve tempo verrà a essere affetto da un’infermità<sup>10</sup>.

Il dubbio sorge perché l’aggettivo «*infausta*» potrebbe essere interpretato come un contenitore concettuale ampio, in grado di ricomprendere sia l’evento letale sia eventi avversi non cruciali, attinenti all’integrità fisica del paziente. Tuttavia, se la formula di cui all’art. 2, co. 2, venisse riferita alla prognosi di qualunque esito avverso atteso a breve termine sulla salute del paziente, e alla prognosi della sola 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, quando la prognosi sia non così prossima all’avveramento dei fatti.

La precedente conclusione può essere suffragata anche attraverso l’interpretazione sistematica, mettendo a confronto l’art. 2, co. 2, 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

---

<sup>10</sup> 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 remissione alla Corte costituzionale dell’art. 580 c. p.*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, p. 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».

necessariamente letale, e che quindi abbia un più esteso ambito applicativo<sup>11</sup>. 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.

Il concetto di “prognosi” indica un giudizio *ex ante* e in concreto adottato dal medico procedente che, secondo le proprie conoscenze, aggiunte a quelle che un agente ideale appartenente alla sua stessa cerchia professionale dovrebbe avere a disposizione, gli consenta di potere fare una previsione ragionevole sulla sorte del paziente.

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, è fisiologicamente affetta da un alto tasso di opinabilità, ed è comunque soggetta a stringenti verifiche di falsificabilità *ex post*<sup>12</sup>: si pensi a quelle volte in cui un medico pronostichi che un soggetto avrà solo qualche mese di vita e poi quest'ultimo sopravviva più delle aspettative iniziali, reagendo meglio del previsto al decorso della malattia. 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

<sup>11</sup> In tal senso L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»?*, cit., p. 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».

<sup>12</sup> Si veda, sul punto, quanto affermato da L. EUSEBI, *Dat: un testo migliore era possibile*, in [www.lavocepopolo.it](http://www.lavocepopolo.it), 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».

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 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, sebbene sotto una voce differente (prognosi infausta a breve termine) da quella di iniziale collocazione (prognosi di decesso imminente).

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 problematiche collegate alla ricerca di parametri finalizzati a una chiara circoscrizione dell’area delle cure e dei trattamenti che sono oggetto del divieto. Sulla distinzione tra “cure” e “trattamenti” ci si soffermerà nel prosieguo, quando verrà individuata la natura della condotta che la norma impone al medico <sup>13</sup>: basti adesso anticipare che entrambe le espressioni si riferiscono all’applicazione di una terapia sul paziente, secondo modalità differenti che andremo poi ad esaminare.

Le summenzionate problematiche sono legate, da una parte, alla difficoltà di stabilire il *discrimen* tra utilità e inutilità, tra proporzione (o ragionevolezza) e sproporzione (o irragionevolezza) dei trattamenti e delle cure; dall’altra, alla scelta se ricorrere, per fissare la suddetta linea di demarcazione, a criteri oggettivi o soggettivi. Si tratta di due questioni complementari, evidentemente

---

<sup>13</sup> Si veda *infra*, § 4.



scaturenti dal ricorso, da parte del legislatore, a espressioni nebuloze, a tratti incomplete, e in definitiva indeterminate<sup>14</sup>.

### **3.1. La prognosi sull’inutilità, sproporzione e irragionevolezza dei trattamenti e delle 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, un primo spunto risolutivo si rinviene nella costruzione della norma, dato che la sua seconda parte, ove si fa riferimento all’“irragionevole” ostinazione nella somministrazione delle cure e all’“inutilità” o alla “sproporzione” dei trattamenti da applicare, va letta in congiunzione con la sua prima parte, ove il soggetto passivo dell’accanimento viene individuato nel paziente a cui sia stato pronosticato un decesso imminente o a breve termine.

In tal senso, può fin da subito affermarsi che, affinché il divieto operi, occorre che al previsto esito letale non sia ragionevolmente possibile rimediare attraverso l’intervento medico; al contrario, il dovere sanitario di salvaguardare la vita del paziente resterebbe inalterato qualora quest’ultimo, affetto da una malattia in grado di avere un decorso mortale molto rapido, possa salvarsi se tempestivamente e opportunamente curato (basti pensare, ad esempio, a un soggetto che abbia contratto il tetano o a quello che venga morso da un serpente velenoso, sui quali occorrerebbe somministrare una cura immediata per evitare il decesso a breve termine, o in certi casi addirittura imminente; o a un soggetto che venga ricoverato con una gamba in cancrena, destinato a morire in poco tempo se non sottoposto a un intervento di amputazione dell’arto). Fermo il predetto presupposto soggettivo, quindi, è la possibilità di persistere ragionevolmente nella somministrazione delle cure o di applicare dei trattamenti utili e proporzionati, a definire in negativo quando non vi sia accanimento terapeutico e quando correlativamente permangano inalterati i doveri curativi del medico, improntati a una tutela effettiva della vita del paziente. Tale possibilità dovrà essere preventivamente vagliata dal sanitario, attraverso un giudizio prognostico che tenga conto degli elementi di

---

<sup>14</sup> 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., p. 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, p. 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, p. 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., p. 15.

fatto conoscibili da una figura ideale di agente che ricopra il suo stesso statuto professionale, e delle proprie ulteriori conoscenze.

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

Invece, per giungere a un sindacato preventivo di irragionevolezza dell’ostinazione nelle cure o di 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 (a differenza di quanto invece può dirsi per il più ampio giudizio disciplinato dall’art. 16 del codice di deontologia medica, che, 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<sup>16</sup>). È necessario, invece, tenere conto anche dei rischi che i trattamenti 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: come rilevato nella Relazione al disegno di legge Bompiani sul punto, occorre cioè che «gli effetti collaterali della cura stessa si traduc[a]no in sofferenze ulteriori per l’ammalato»<sup>17</sup>. Non può farsi a meno di prendere in

<sup>15</sup> 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, p. 1230; ID., *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»?*, cit., p. 426: «*nulla quaestio* in merito al divieto di trattamenti inutili, cioè di trattamenti inefficaci, ancorché fossero richiesti»; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 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, p. 587 ss., alla cui ampia trattazione del concetto di “futilità” si fa rinvio.

<sup>16</sup> Così C. CUPELLI, *Responsabilità colposa e “accanimento terapeutico consentito”*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2943, secondo cui la norma traduce «il solo criterio dell’inefficacia in relazione all’obiettivo del beneficio del paziente».

<sup>17</sup> 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*

considerazione i potenziali effetti negativi sul paziente, per qualificare l'intervento medico come “sproporzionato” o “irragionevole”, giacché essi sarebbero in grado di controbilanciare i possibili benefici attesi dalle cure, eventualmente annullandone il valore <sup>18</sup>. In tal caso, 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 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 <sup>19</sup>, 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 benefici e i possibili esiti avversi dell'intervento medico, in cui si dovrà tenere conto anche delle attuali condizioni psicofisiche del malato. Nei casi-limite, in cui non si preveda alcun beneficio, ovvero alcun rischio,

---

*condizione di degenza*. 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 operati risulti chiaramente sproporzionata agli obiettivi della condizione specifica».

<sup>18</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Esiste un “diritto a essere lasciati morire in pace”?*, cit., p. 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., p. 1230-1231; ID., *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»?*, cit., p. 428: «Si tratterà dunque di considerare, per un verso, l'entità e la probabilità dei benefici che il trattamento possa offrire al paziente in termini di contrasto della patologia in atto e dei suoi effetti, dall'altro l'entità e la probabilità delle eventuali menomazioni o sofferenze aggiuntive derivanti da quel medesimo trattamento».

<sup>19</sup> In questi termini, Cass. Pen., Sez. IV, 2 febbraio 2016 (ud. 24 novembre 2015), n. 4339; Cass. Pen., Sez. Un., 8 marzo 2005 (ud. 25 gennaio 2005), n. 9163.

derivante dall'intervento, il giudizio non sarà problematico. Così, la mancata previsione di possibili benefici in capo al paziente comporterà che non sia ammissibile alcun “costo” in termini di sofferenze per la persona. Qualora invece, per ipotesi, si individuasse un trattamento inidoneo a pregiudicare la salute del paziente, anche terminale, ma che presenti la possibilità, anche soltanto esigua, di consentirgli di sopravvivere più a lungo, la somministrazione delle relative cure non sarebbe vietata, proprio per l'assenza di “costi” prevedibili. Più complesso risulta invece il giudizio prognostico del medico qualora preveda – come il più delle volte accade – che l'intervento possa comportare sia rischi sia benefici per il paziente, e debba stabilire quale sia concretamente prevalente.

A tal fine, da una parte, occorrerebbe considerare il tipo e la gravità di pregiudizi psicofisici pronosticati, il grado di possibilità della loro verifica, la durata e la rimediabilità degli stessi; dall'altro lato, si dovrebbe 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 atteso; infine, nel bilanciamento tra i controinteressi in gioco, non si potrà prescindere dall'attribuire rilevanza alle condizioni fisiche in cui si trovi il paziente, che potrebbero incidere sulla considerazione sia dei rischi sia dei benefici <sup>20</sup>. Eccetto che per il confronto oggettivo tra i livelli probabilistici di verifica dei due contrapposti eventi, si tratta, a bene vedere, di un giudizio di valore: il medico si troverà a decidere discrezionalmente se, a fronte di un possibile miglioramento 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 psicofisica, con conseguente dovere di astenersi dall'agire. Così, ipotizzando che l'intervento del medico sia verosimilmente in grado di ritardare la morte del paziente in misura significativa, 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 <sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Così L. EUSEBI, *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato e le dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*, in *Criminalia*, 2006, p. 252.

<sup>21</sup> Si veda F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 103, che ritiene che «il medico è obbligato a curare, anche quando la terapia comporta (in misura non sproporzionata) sofferenze o lesioni dell'integrità fisica»; D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte speciale. Tutela penale della persona*, II ed., Giappichelli, Torino 2014, p. 45, secondo cui finalità della terapia non è solo la guarigione «ma anche il mero

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 soggetto in SVP, 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 legge<sup>22</sup>: in questo caso, soltanto la volontà del malato – eventualmente manifestata attraverso le direttive anticipate di trattamento – può determinare l’astensione o la condotta interruttiva del medico.

---

mantenimento in vita, persino in condizioni fortemente compromesse e/o di grave sofferenza».

<sup>22</sup> Cfr., in tal senso, S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 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., p. 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, 16 ottobre 2007 (ud. 4 ottobre 2007), n. 21748, esclude che i tipici trattamenti di sostegno vitale integrino accanimento terapeutico, poiché costituiscono «un presidio proporzionato rivolto al mantenimento del soffio vitale, salvo 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». Contra F. ABEL, voce *Accanimento terapeutico*, in S. LEONE – S. PRIVITERA (a cura di), *Dizionario di bioetica*, EDB, Bologna 1994, p. 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, affermando che quest’ultima espressione indica «il prolungamento del processo del morire per mezzo di trattamenti che non hanno altro scopo che quello di prolungare la vita biologica del paziente»; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 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». Un’insistente invocazione della nozione di accanimento terapeutico nell’ambito dei trattamenti di sostegno vitale (nello specifico, l’alimentazione e l’idratazione artificiale) è presente anche nella sentenza della Corte di appello di Milano del 25 giugno 2008, n. 88, nel caso Englaro, e in quella del Trib. Roma, sez. I civ., ord. 16 dicembre 2006, nel caso Welby.

### 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»<sup>23</sup>. 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 soggettivi<sup>24</sup>. C’è chi vi ha rinvenuto al contempo una dimensione oggettiva e una soggettiva<sup>25</sup>. C’è poi chi, nel porre sul piatto della bilancia i costi e i

<sup>23</sup> 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, p. 67. In senso oggettivo, si veda pure il Consiglio Superiore di Sanità, Parere del 20 dicembre 2006, in *Guida al dir.*, 2007, I, p. 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., p. 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., p. 1231; M. RONCO, *L’indisponibilità della vita*, cit., p. 5.

<sup>24</sup> Così F. STELLA, *Il problema giuridico dell’eutanasia*, cit., p. 1019-1020; C.A. DEFANTI, *I trattamenti di sostegno vitale*, cit., p. 586, secondo cui «se il paziente dà il suo consenso ad un trattamento, ovviamente non ha senso parlare di AT».

<sup>25</sup> F. D’AGOSTINO – L. PALAZZANI, *Bioetica. Nozioni fondamentali*, Brescia 2007, p. 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. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 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

benefici del trattamento, ha annoverato tra i primi anche le spese economiche che il centro ospedaliero – e in ultima istanza, il Servizio sanitario nazionale – dovrebbe affrontare per il paziente <sup>26</sup>, in tal modo tuttavia dando rilevanza a un aspetto che, pur rilevante sul piano dell’economicità delle scelte mediche e quindi del *management* aziendale, non può assumere 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 censurare <sup>27</sup>.

La legge n. 219/2017 sembra avere definitivamente segnato un arresto 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

---

definizione di accanimento terapeutico in chiave puramente oggettiva)»; C. CUPELLI, *Responsabilità colposa*, cit., p. 2944.

<sup>26</sup> 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, p. 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 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, p. 143 ss.

<sup>27</sup> In tal senso F. STELLA, *Il problema giuridico dell’eutanasia*, cit., p. 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.

soltanto a tutto ciò che pertiene alla volontà del paziente e ai suoi personali obiettivi<sup>28</sup>.

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 terapie<sup>29</sup> – 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 privata<sup>30</sup>. 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 alla sua integrità psicofisica.

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.

#### **4. I contenuti e gli effetti del divieto di accanimento terapeutico: la nozione di “trattamento” e “cura”, le condotte omissive imposte al medico e la limitazione del suo dovere di protezione della vita del paziente.**

---

<sup>28</sup> Così L. EUSEBI, *Note su disegni di legge concernenti il consenso informato*, cit., p. 260; ID., *Criteriologie dell’intervento medico*, cit., p. 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».

<sup>29</sup> Cfr. A. VALLINI, *Rifiuto di cure “salvavita”*, cit., p. 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”».

<sup>30</sup> Così F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 601; A. VALLINI, *Rifiuto di cure “salvavita”*, cit., p. 75. Entrambi gli AA., 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.



La disposizione di cui all’art. 2, comma 2, della legge 219 ha strutturato il divieto di accanimento terapeutico mediante una formulazione complessa, attraverso cui si impone al medico di «*astenersi da ogni ostinazione irragionevole*» nel somministrare le cure e «*dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati*».

Sul punto, una considerazione preliminare riguarda il significato delle espressioni «*somministrazione delle cure*» e «*ricorso a trattamenti*».

Il termine “trattamenti” può essere interpretato come un concetto idoneo a ricomprendere la singola applicazione di una determinata terapia farmacologica, l’esecuzione di un intervento diagnostico o di un’operazione chirurgica 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 riscontrata<sup>31</sup>.

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

---

<sup>31</sup> Invece, secondo L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire?»*, cit., p. 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.

“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, anche perché, se così fosse, si rientrerebbe nel divieto apprestato dalla seconda parte del precetto; è piuttosto 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 – pur considerabili proporzionati, se presi singolarmente – facenti parte della medesima terapia o di diverse terapie a scopo curativo. Anche in questa seconda ipotesi, comunque, può dirsi che il comportamento imposto al medico sia di carattere omissivo: il dovere di astenersi dall’ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure, per come qui interpretato, pur presupponendo il precedente inizio delle terapie, e pur comportando la loro interruzione, non implica alcuna azione in senso stretto. Infatti, la somministrazione di una cura va rappresentata non come una condotta 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’omissione dell’applicazione di un trattamento, che segua ad uno precedente (di identica natura o diverso) ormai esaurito.

La norma, quindi, non vieta l’ostinazione irragionevole attraverso l’imposizione di un dovere di agire, che la dottrina ha talvolta collocato – con riferimento all’interruzione dei presidi di sostegno vitale mediante la disattivazione delle macchine – nella discussa categoria dell’omissione mediante azione <sup>32</sup>. In tal senso, nell’ambito del divieto di accanimento

---

<sup>32</sup> In tal senso, si vedano C. ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, in *ZStW*, 1962, (74), p. 395; ID., *Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen*, in *NStW*, 1987, p. 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, p. 315; F. STELLA, *Il problema giuridico dell’eutanasia*, cit., p. 1017; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, cit., p. 695; F. VIGANÒ, *Esiste un “diritto a essere lasciati morire in pace”?*, cit., p. 7. *Contra*, proprio in relazione alla questione della sospensione dei trattamenti di sostegno vitale mediante disattivazione delle macchine, F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 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.; M. DONINI, *Il caso Welby*, cit., p. 910-

terapeutico, non pare trovare spazio l’ampio dibattito che tradizionalmente si era diffuso in dottrina in ordine alla questione di come il rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale da parte del paziente, potesse escludere, sul piano degli elementi costitutivi del reato, la responsabilità del medico per omicidio del consenziente, *ex art. 579 c.p.* In tale contesto, l’orientamento maggioritario ha distinto tra il rifiuto a monte delle terapie, rispetto a cui al medico sarebbe imposta un’omissione, e la revoca del consenso a ricevere le stesse, che invece richiederebbe a quello una condotta attiva di interruzione: nel primo caso, il dissenso del paziente comporterebbe una limitazione dei doveri connessi alla posizione di garanzia del sanitario, operante sul piano dell’esclusione della tipicità della corrispondente fattispecie omissiva impropria; nel secondo caso, la sua volontà opererebbe quale causa di giustificazione dell’azione “positiva” del sanitario (il cd. “staccare la spina” dei macchinari)<sup>33</sup>.

In conclusione, il rispetto del divieto di accanimento terapeutico, per come formulato dall’art. 2, co. 2, esige sempre un’omissione del sanitario. Può dunque dirsi che la norma, nel proibire al medico di intervenire, comporti anche una limitazione degli obblighi assolvibili dallo stesso quale detentore

911 che obietta che naturalisticamente l’azione positiva del sanitario non può in alcun modo essere intesa come un comportamento omissivo.

<sup>33</sup> 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. Precedentemente, il diritto di rifiutare le cure e di revocare quelle già iniziate si ricavava unicamente dagli artt. 2, 13 e 32 Cost.

Ritengono che debba parlarsi di circoscrizione della posizione di garanzia del medico, e quindi di esclusione della tipicità della fattispecie omissiva impropria, nell’ipotesi di rifiuto di un trattamento non ancora iniziato, e invece di operatività della scriminante dell’adempimento del dovere previsto dalla legge, nel caso di rinuncia alla prosecuzione di un trattamento già avviato, in cui si ravviserebbe un’azione commissiva, F. GIUNTA, *Diritto a morire e diritto penale*, cit., p. 95; D. PULITANÒ, *Doveri del medico*, cit., p. 1199 ss.; M. DONINI, *Il caso Welby*, cit., p. 911 ss.; A. VALLINI, *Rifiuto di cure “salvavita”*, cit., p. 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, p. 16. Invece ravvisano in entrambe le ipotesi un’omissione, rispetto a cui la volontà del paziente opererebbe come limite ai doveri connessi alla posizione di garanzia del medico, F. STELLA, *Il problema giuridico dell’eutanasia*, cit., p. 1017; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 694-695; F. VIGANÒ, *Esiste un “diritto a essere lasciati morire in pace”?*, cit., p. 7, 10; ID., *Decisioni mediche di fine vita e ‘attivismo giudiziario’*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1604. In senso diametralmente opposto cfr. P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita*, cit., p. 8, che ritiene che il disposto dell’art. 1, co. 6, della legge 219/2017, che esime il medico da qualunque dovere sul piano penale e su quello civile a seguito della manifestazione della volontà del paziente, disposta dal precedente comma 5, operi 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.

della posizione di garanzia sulla salute del paziente, facendo venir meno il dovere di tutelarne la vita <sup>34</sup>: non potrebbe così ravvisarsi un nesso di equivalenza causale tra il mancato impedimento dell’evento-morte e la sua causazione, stabilito dall’art. 40 cpv. c.p. soltanto nei confronti di chi detenga un correlativo obbligo giuridico.

Affinché in sede giudiziale possa escludersi l’integrazione del fatto tipico del delitto di omicidio mediante omissione, 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 inutile o sproporzionato, attraverso un giudizio prognostico su base parziale, che rifletta nella struttura quello previamente compiuto dal sanitario. 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 dunque non vi fossero le condizioni per l’operatività del divieto di intervenire, *ex art. 2, co. 2*, non potrà rinvenire una limitazione normativa al dovere del sanitario di tutelare la vita paziente, e dovrà conseguentemente stabilire se siano stati integrati gli elementi, oggettivi e soggettivi, del fatto di reato.

Sul punto, va fatta un’ultima riflessione. La norma in esame presenta degli evidenti deficit di determinatezza nell’indicazione dei presupposti e delle condizioni di applicazione del divieto, soprattutto a causa del loro carattere valutativo sulla situazione clinica in cui si trovi il paziente e sugli effetti delle cure e dei trattamenti sulla sua salute. La presenza di tali parametri valutativi di incerta definizione, da una parte, conferisce un eccessivo potere discrezionale al medico nella preventiva fase della decisione se intervenire o meno; dall’altra, successivamente alla verifica del decesso del paziente,

---

<sup>34</sup> Cfr. L. EUSEBI, *Criteriologie dell’intervento medico*, cit., p. 1233; ID., *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato*, cit., p. 256; V. MAGNINI, *Stato vegetativo permanente e interruzione dell’alimentazione artificiale: profili penalistici*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 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., p. 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, cit., p. 126-127: «La posizione di garanzia e l’obbligo di agire del sanitario non si estendono in maniera indefinita, ma incontrano un limite nell’accanimento diagnostico-terapeutico [...]. Esiste sì un limite – oggettivo – segnato da tutte quelle forme di accanimento clinico, perché con esse non si ha più una tutela della vita e della salute (che sono l’oggetto immediato e diretto della protezione), ma una forma invasiva, dannosa e straordinaria di mero prolungamento della vita: l’inutilità della cura conferisce quindi un limite interno alla posizione di garanzia del medico».

genera il rischio di derive ermeneutiche arbitrarie da parte del potere giudiziario, per via dell’indiretta influenza dell’art. 2, co. 2, sulla fattispecie di omicidio mediante omissione<sup>35</sup>, con possibili e incontrollabili esiti *contra reum*<sup>36</sup>. Sicuramente innegabile è la fisiologica situazione di difficoltà in cui si è trovato il legislatore nello specificare dei requisiti che inevitabilmente trovano la loro forma nel caso concreto, in considerazione delle condizioni, delle *chances* e dei rischi del paziente “in carne e ossa”<sup>37</sup>. Ciò nonostante, sarebbe stato necessario evitare il ricorso a criteri affetti da un alto coefficiente di indeterminatezza – come il presupposto della prognosi di esito infausto a breve termine –, nonché specificare tutte le condizioni di operatività del divieto di accanimento terapeutico, in modo da non lasciare al medico, in prima battuta, e successivamente al giudice un’eccessiva discrezionalità nello stabilire i parametri di cui tenere conto ai fini del giudizio di proporzione o di ragionevolezza (qui identificati nella tipologia, nell’entità, nella durata e nel grado probabilistico di verifica dei contrapposti eventi connessi ai rischi e ai benefici per il malato): come rilevava Bricola, le soluzioni normative non devono «lasciare spazi vuoti affidati al potere medico», ma «fornire

---

<sup>35</sup> Sulle esigenze di tassatività delle norme diverse da quelle incriminatrici, ma che incidono sull’applicabilità di quelle, si veda F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, Padova 1979, p. 284 ss., che, con specifico riferimento alle cause di giustificazione, fa leva sullo stretto legame esistente tra norma incriminatrice e norma scriminante nella determinazione del *discrimen* tra lecito e illecito, per cui «l’indeterminatezza della scriminante si rifletterà fatalmente su ogni norma reale di cui la prima entra a far parte». Conf. L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, p. 626.

<sup>36</sup> Cfr. S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 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 contenutisticamente 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».

<sup>37</sup> Così L. EUSEBI, *Criteriologie dell’intervento medico*, cit., p. 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 chemioteraputici), bensì va riferito – sulla base pur sempre di regolarità scientifiche note – a ciascun singolo paziente, con riguardo alle sue condizioni 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., p. 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».

determinazioni il più possibile precise e vincolanti per lo stesso potere giudiziario»<sup>38</sup>.

### **5. 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.**

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 trattamenti giudicati *ab externo* inutili o sproporzionati o a cure ritenute irragionevoli, e quella del medico che, sulla base di tali valutazioni impostegli dai nuovi limiti normativi, si rifiuti di applicarli. L'art. 1, co. 6, 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*». Insomma, il diritto all'autodeterminazione libera e responsabile del malato viene collocato in una posizione recessiva rispetto a un bene che evidentemente il legislatore intende perseguire in via prioritaria e forse in senso 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 più che altro diretto a salvaguardarne la salute<sup>39</sup>, intesa in un senso più ampio di quello

<sup>38</sup> F. BRICOLA, *Vita diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, in L. STORTONI (a cura di), *Vivere: diritto o dovere?*, cit., p. 218.

<sup>39</sup> Cfr. C. CASALONE, *La medicina di fronte alla morte*, cit., p. 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., p. 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., p. 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., p. 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

discendente dal suo diretto collegamento con il bene-vita: la possibile causazione di sofferenze legate all’ostinazione irragionevole nelle cure o all’applicazione di inutili e sproporzionati trattamenti, appare come un inferire sul corpo del malato, contrario al suo diritto all’integrità psicofisica, piuttosto che un’azione improntata a garantirne il bene complessivo<sup>40</sup>.

Sul punto, una spiegazione della scelta legislativa di comprimere la rilevanza della volontà del paziente può desumersi dalle parole di Giunta, secondo cui, nonostante «la doverosità dell’intervento medico nei confronti del soggetto che lo richiede», la posizione di garanzia del medico dà «vita a un dovere di agire non già incondizionato, ma limitato all’esigenza terapeutica»<sup>41</sup>. Dal canto suo, Pulitanò, lasciando intravedere le ragioni dogmatiche alla base del rifiuto del medico di praticare l’accanimento terapeutico, ha chiarito che il principio della *voluntas aegroti suprema lex* – che è alla base dell’asserzione secondo cui il consenso del paziente rappresenta tendenzialmente il presupposto e il limite dei doveri di cura del medico<sup>42</sup> – «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»<sup>43</sup>.

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

---

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).

<sup>40</sup> Cfr., in senso critico, C. CUPELLI, *Responsabilità colposa*, cit., p. 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)».

<sup>41</sup> F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 113.

<sup>42</sup> Così D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire*, cit., p. 1196-1197.

<sup>43</sup> D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire*, cit., p. 1209. In questi termini si veda anche S. ANZILOTTI, *La posizione di garanzia del medico*, cit., p. 125-126: «Pur in presenza di una manifestazione di volontà, se l’atto medico è sprovvisto di indicazioni terapeutiche (trattandosi di intervento inutile e futile), non può (non deve) essere consentito; il che è come dire che il consenso non può convertire un atto “in sé” illegittimo, in atto legittimo [...]. Esiste cioè uno spazio di autonomia professionale dato dalla migliore conoscenza, esperienza, professionalità del medico, il quale solo può, in ultima analisi, valutare adeguatamente necessità e bontà di un trattamento terapeutico».

## **6. 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)<sup>44</sup>, 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 – tra l’altro – aveva identificato la colpa dei medici nella violazione della regola positiva di prudenza, avente fonte nel succitato art. 16 del codice deontologico, secondo cui avrebbero dovuto astenersi dall’intervenire, tenendo conto delle condizioni di inoperabilità della paziente<sup>45</sup>. 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

---

<sup>44</sup> 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.

<sup>45</sup> *«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»*.



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 <sup>46</sup>.

Che la *ratio* della norma non sia la tutela della vita del paziente, si evince già dal presupposto inerente alla prognosi di esito infausto o di decesso imminente: è proprio tale elemento che rivela all’interprete come, di fronte alla cessazione o alla drastica diminuzione delle speranze di sopravvivenza del malato, il medico debba 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 <sup>47</sup>; eventi connessi a fattori di rischio direttamente discendenti dall’intervento medico.

Ma non basta. La violazione del divieto segnerebbe lo sconfinamento dall’area di rischio consentito che dovrebbe connotare l’attività medico-chirurgica: la norma contenuta nell’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.

---

<sup>46</sup> 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., p. 2949-2950: «Il divieto di AT e dunque il correlativo obbligo di astenersi a fronte di tali situazioni potrebbe semmai essere volto ad evitare una tipologia di eventi che attengono alla sfera della libertà di autodeterminazione (tollerare trattamenti sproporzionati ed inutili) o a quella dell’incolumità personale (sofferenze prolungate per il protrarsi degli interventi chirurgici/terapeutici/diagnostici), ma mai per definizione riconducibili ad una anticipazione dell’evento morte». Si vedano anche le critiche a monte avanzate dall’A. (p. 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, p. 554; *contra* F. ANGIONI, *Il nuovo codice di deontologia medica*, in *Criminalia*, 2007, p. 279 ss.

<sup>47</sup> 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, p. 231 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, Milano 1990, p. 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, p. 562 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, Milano 2009, p. 135 ss.; C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, Torino 2016, p. 335 ss. In giurisprudenza, così Cass. Pen., Sez. IV, 18 maggio 2012 (ud. 13 marzo 2012), n. 19170; Cass. Pen., Sez. IV, 26 maggio 2004 (ud. 18 marzo 2004), n. 24051.

Insomma, si potrebbe distinguere 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 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: come già rilevava la Corte di cassazione nel 1963, nella sentenza sul 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*»<sup>48</sup>; come meglio chiarito in dottrina da Ronco, «Se un’area di rischio consentito può ragionevolmente essere individuata, in base al confronto tra i costi e i benefici, [...] 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»<sup>49</sup>.

Come poi rilevato da Forti, il divieto di svolgere un’attività rischiosa priva di rilevanti benefici sociali verrà a coincidere con un dovere precauzionale di astensione dall’attività *in toto*<sup>50</sup>. Sulla questione, anche la recente

<sup>48</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 25 marzo 1971, in *Foro it.*, 1971, II, c. 717 ss.

<sup>49</sup> M. RONCO, *Scritti patavini*, t. I, Giappichelli, Torino 2017, p. 372. Conf. A. CASTALDO, *La concretizzazione del “rischio giuridicamente rilevante”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 1100-1101, secondo cui «nell’area del “rischio giuridicamente rilevante”, si incontrano le attività pericolose, contemporaneamente inutili o neutre. L’assenza di effetti positivi, unita alla creazione di rischi, comporta una strategia orientata in via preventiva alla loro proibizione»; C. BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La cosiddetta “flessibilizzazione” delle categorie del reato*, in *Criminalia*, 2012, p. 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, p. 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, p. 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, p. 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, p. 123-124, secondo cui le attività astrattamente rischiose per l’individuo possono essere consentite a condizione che «i) rispondano ad un interesse meritevole di riconoscimento e di tutela; ii) siano predisposte misure idonee ad evitare che l’attività divenga in concreto produttiva di effetti dannosi per gli interessi protetti».

<sup>50</sup> G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 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

giurisprudenza di legittimità si mostra concorde: «*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*»<sup>51</sup>.

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 verifica 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

---

della probabilità di verifica 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, p. 952: «Ruolo del rischio consentito è quello di delimitare l'oggetto del divieto penale, rendendo possibile l'esplicazione di attività socialmente utili [...]. 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, p. 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, p. 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., p. 391 ss.; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli, Torino 2017, p. 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».

<sup>51</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 1° giugno 2010 (ud. 28 aprile 2010), n. 20595.

eventualmente cagionato <sup>52</sup>: ci troveremmo, qui, di fronte al “limite interno” del rischio consentito, che si travalicherebbe laddove sia «superato quel rischio che l’ordinamento non ha convenienza a evitare» <sup>53</sup>.

Tornando alla questione della possibile assenza di terapeuticità 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 oggettivo miglioramento delle sue condizioni fisiche <sup>54</sup>. Questa distinzione tra

---

<sup>52</sup> Cfr. M. GALLO, voce *Colpa penale*, in *Enc. del dir.*, vol. VII, Giuffrè, Milano 1960, p. 640 ss.; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 211-212; P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, cit., p. 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., p. 953; A. PAGLIARO, *Il reato*, Giuffrè, Milano 2007, p. 141; D. PULITANO, *Diritto penale*, VI ed., Giappichelli, Torino 2015, p. 324; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Cedam, Padova 2017, p. 344. In giurisprudenza cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 22 agosto 2016 (ud. 14 luglio 2016), n. 35263; Cass. Pen., Sez. IV, 3 marzo 2006 (ud. 17 novembre 2005), n. 7661; Cass. Pen., Sez. IV, 6 marzo 1997 (ud. 21 novembre 1996), n. 2139, ove tuttavia impropriamente si parla di obbligo di riduzione del rischio consentito, anziché di obbligo di non aumentarlo.

<sup>53</sup> V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, cit., p. 14-15. Si veda anche G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 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».

<sup>54</sup> 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,

atti medici propriamente “terapeutici”, e quindi consentiti dall’ordinamento, e atti medici non terapeutici, a monte vietati, sembra confermata anche dalla Corte di cassazione, secondo cui 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*»<sup>55</sup>.

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 precauzionale di agire altrimenti, piuttosto che di astensione<sup>56</sup>): la violazione del divieto, quindi, non porterà alla

---

Firenze 2010, p. 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., p. 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, p. 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.

<sup>55</sup> Cass. pen., sez. IV, 23 settembre 2010 (ud. 26 maggio 2010), n. 34521, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 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., p. 126.

<sup>56</sup> 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., p. 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., p. 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 (p. 952); F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Cedam, Padova 1993, p. 233 ss.; ID., *La normatività della colpa penale: lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 86 ss.; ID., *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, p. 1297 ss.; ID., *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, p. 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, p. 253 ss.; ID., *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca “sul campo”*, in *Criminalia*, 2008, p. 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., p. 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., p. 18, 19, e, con specifico riferimento all’attività medica, p. 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., p. 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» (p. 1621): nell’attività medica, in particolare, sebbene si ravvisino di frequente posizioni di garanzia che si sostanziano in positivi obblighi di agire, gli obblighi di astensione sono «pur sempre ipotizzabili e verificabili» (p. 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., p. 540 ss.; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, II ed., Giappichelli, Torino 2011, p. 333; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, vol. I, Giappichelli, Torino 2012, p. 583; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna 2014, p. 582-583; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 324-325. In una posizione mediana si colloca R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica*, cit., p. 123, secondo cui «la regola

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’assenza 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.

### **7. Riflessioni conclusive: verso un recupero del ruolo della volontà del paziente nel caso dell’accanimento terapeutico “in senso ampio”.**

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 finalmente messo fine alla *querelle* sulla questione se l’individuo sia titolare, o meno, del diritto a non essere curato<sup>57</sup>, prevedendo a chiare lettere che la sua volontà di rinunciare alla sottoposizione a trattamenti sanitari, anche se già iniziati, vincoli il medico, consentendo a quest’ultimo di ometterne l’esecuzione o di sospenderla anche mediante condotte attive di disattivazione delle macchine,

---

cautelare non viene quasi mai concepita con un contenuto consistente nel dovere di astensione dall’esercizio dell’attività, ma come regola modale».

<sup>57</sup> Prima della legge, erano contrari alla configurabilità di tale diritto: M. RONCO, *L’indisponibilità della vita*, cit., p. 1-2, 8-9; V. PATALANO, voce *Omicidio (Diritto penale)*, in *Enc. del dir.*, vol. XXIX, Giuffrè, Milano 1979, p. 967; L. EUSEBI, *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato*, cit., p. 253. Hanno tradizionalmente sostenuto l’esistenza di un diritto a non essere curati: F. STELLA, *Il problema giuridico dell’eutanasia*, cit., p. 1018-1019; A. MANNA, *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. del dir.*, vol. XLIV, Giuffrè, Milano 1992, p. 1284 ss.; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 692 ss.; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 90 ss.; F. VIGANÒ, *Esiste un “diritto ad essere lasciati morire in pace”?*, cit., p. 10; A. VALLINI, *Rifiuto di cure “salvavita”*, cit., p. 73 ss.; L. RISICATO, *Autodeterminazione del paziente*, cit., p. 442 ss.

senza per questo essere imputato del delitto di omicidio del consenziente<sup>58</sup>. 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 salute.

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 “cure attive” (e non, si badi bene, di “cure palliative”) 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 stesse 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.

Guardando criticamente all’annichimento del ruolo della volontà del paziente nei casi riconducibili al divieto di accanimento terapeutico, giova richiamare le parole di Palazzo: «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»<sup>59</sup>. Per comprendere, allora, 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

---

<sup>58</sup> Sulle questioni dogmatiche inerenti al fondamento dell’irresponsabilità del medico, in queste ipotesi, si veda *supra*, § 4.

<sup>59</sup> F. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1236. Conf. F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. merito*, 2006, p. 973.



significativi benefici possano essere tratti dall'intervento, ma non sarebbero perseguibili se ritenuti dal sanitario sbilanciati rispetto ai prevedibili rischi. Da una parte, 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 paziente, a prescindere da ulteriori valutazioni attinenti alla loro significatività e al loro rapporto con eventuali controinteressi. D'altra parte, 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 sulla collocazione dell'accanimento terapeutico fuori o dentro del 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.

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»<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> Comitato nazionale per la bioetica, *Scopi, limiti e rischi della medicina*, 14 dicembre 2001, in <http://bioetica.governo.it>, p. 22 ss.; Hastings Center, *Gli scopi della medicina: nuove priorità*, in *Notizie di Politeia*, n. 45, 1997, p. 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, p. 352, secondo cui «L'unico vero argomento in favore di una concezione puramente terapeutica della medicina è quello storico, per cui questa è di fatto la comprensione tradizionale che l'arte medica ha coltivato di sé; ma naturalmente il fatto che storicamente sia stato così non dimostra che non possa essere diversamente, soprattutto in un contesto sociale, scientifico e tecnologico radicalmente

Parecchi anni prima, questa evoluzione in senso soggettivo del concetto di “terapeuticità” era stata profeticamente intuita da Stella, proprio in relazione al tema dell’accecamento terapeutico, che affermava a chiare lettere – forse temendo un sovvertimento nel bilanciamento dei beni in gioco, tale da svalutare il consenso del malato – che «quando il paziente richieda la prosecuzione delle cure e dell’assistenza, non è ipotizzabile alcun limite ad ogni possibile “sforzo medico”. La verità è che, quando sia cosciente, 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*»<sup>61</sup>. Gli fa eco, più di recente, Pulitanò, che, 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”, afferma poi, evidentemente assecondando un’interpretazione estensiva del concetto, 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»<sup>62</sup>.

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 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 therapeuticità 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

---

mutato. Inoltre, va anche osservato che, di fatto, diversi obiettivi non terapeutici sono stati stabilmente accettati tra quelli pertinenti per la prassi medica: ad esempio, la contraccezione, certe forme di procreazione assistita e la stessa chirurgia estetica».

<sup>61</sup> F. STELLA, *Il problema giuridico dell’eutanasia*, cit., p. 1020. Come sottolineato dall’A., gli stessi sostenitori dell’impraticabilità dell’accecamento terapeutico sostenevano che «è comunque certo che alla base di ogni considerazione giuridica e deontologica deve sussistere il cosciente rifiuto terapeutico, posto che il desiderio del paziente di continuare a vivere magari per pochi giorni od ore, deve esaltare ogni sforzo, anche inane del medico»: cfr. M. BARNI – G. DELL’OSSO – P. MARTINI, *Aspetti medico-legali e riflessi deontologici del diritto a morire*, in *Riv. it. med. leg.*, 1981, p. 40. Conf. C. CUPELLI, *Responsabilità colposa*, cit., p. 2944.

<sup>62</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte speciale. Tutela penale della persona*, II ed., Giappichelli, Torino 2014, p. 45.

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: in queste ipotesi, che qui abbiamo etichettato come accanimento terapeutico “in senso ampio”, dovrebbe essere il suo consenso a segnare il limite esterno del rischio consentito.

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 consequenziali all’esercizio dell’attività *lato sensu* terapeutica.