

Cassazione penale

direttore scientifico **Domenico Carcano**

condirettore

Mario D'Andria

LI - settembre 2011, n° 09

09

20
II

| **estratto**

RESPONSABILITÀ COLPOSA
E "ACCANIMENTO TERAPEUTICO
CONSENTITO"

di **Cristiano Cupelli**



GIUFFRÈ EDITORE

| 947.5 PREVALENZA DELLA DECLARATORIA DI ESTINZIONE DEL REATO SUL PROSCIoglIMENTO PER INSUFFICIENZA DI PROVE

SEZ. IV - UD. 13 GENNAIO 2011 (DEP. 7 APRILE 2011), N. 13746 - PRES. BRUSCO - REL. VITELLI CASELLA
- P.M. GIALANELLA (CONCL. CONE.) - HUSCHER

CAUSE DI NON PUNIBILITÀ - Declaratoria immediata - Insufficienza o contraddittorietà della prova - Prevalenza del proscioglimento nel merito sulla dichiarazione di estinzione del reato - Esclusione.

(C.P.P. ARTT. 129, 530, 531, 578)

Una volta intervenuta una causa di estinzione del reato (nella specie la prescrizione) l'eventuale difetto o contraddittorietà o insufficienza della prova della colpevolezza non consente di accedere al proscioglimento nel merito, ex art. 530, comma 2, c.p.p., potendo prevalere, a norma dell'art. 129, comma 2, c.p.p., la relativa causa di non punibilità nel solo caso in cui questa sia "evidente", emerge in modo palese "positivamente", dagli atti processuali (1).

[Massima redazionale]

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO - La Corte d'appello di Roma con sentenza in data 28 maggio 2009 confermava la sentenza emessa il 20 marzo 2008 dal Tribunale monocratico di Roma con la quale, concesse le attenuanti generiche, erano condannati:

1. H.C. alla pena di un anno di reclusione;
2. N.C., alla pena di mesi dieci di reclusione;
3. M.A., alla pena di mesi otto di reclusione;

quali responsabili del delitto di cui all'art. 589 c.p., commesso, con apporti di cooperazione cabale differenti (in relazione alle rispettive qualità: l'H. in veste di primario chirurgo dell'Ospedale (Omissis);

il N. ed il M., in veste di medici chirurghi con qualifica di aiuti, in servizio nella stessa divisione) in danno della paziente L.G. cui cagionavano, nel corso di intervento chirurgico di laparoscopia - prima - e di laparotomia - dopo - lesioni non tempestivamente identificate, alla milza ed al legamento falciforme, dalle quali derivava un sanguinamento che determinava nella paziente - malata terminale per plurime affezioni neoplastiche - una conseguente emorragia letale.

Fatto verificatosi in (Omissis).

La Corte d'appello di Roma, recependo e facendo propria la motivazione della sentenza di primo grado (che aveva condiviso le conclusioni formulate dal collegio dei periti nominati dal g.i.p. in sede di incidente probatorio) ha individuato la *causa mortis* della L. (sopravvenuta ad ore 1,00 dell'*omissis* in costanza di ricovero ospedaliero) in un'insufficienza cardio-circolatoria sopravvenuta in paziente affetta da neoplasia pancreaticca con diffusione generalizzata (metastasi plurime in corrispondenza del peritoneo, dei cavi pleurici, dell'intestino, delle ovaie, del fegato e dei polmoni) operata di ovariectomia e di asportazione di massa neoplastica presigmoidea con decorso *post-operatorio* complicato dal sanguinamento per lesioni al legamento falciforme e per la lacerazione del polo inferiore della milza.

Sulla base dell'esame autoptico, era emerso che i chirurghi operatori, dopo averne acclarato la inoperabilità, mediante esplorazione della cavità addominale della paziente per via laparo-

scopica, a causa della presenza di multiple affezioni neoplastiche interessanti vari organi e soprattutto di lesioni neoplastiche diffuse ai visceri addominali ed alle ovaie, avevano deciso di procedere ad una laparotomia tradizionale per asportare le ovaie e parte della massa neoplastica coinvolgente il sigma allo scopo di determinare la stadiazione della malattia. L'esecuzione della manovra di isolamento della coda pancreatica, indispensabile per verificare, in sede laparoscopica, le eventuali condizioni di operabilità della donna, provocava tuttavia una lacerazione del polo inferiore della milza ed una parziale disinserzione del legamento falciforme; da qui la causazione di un rilevante sanguinamento. Ora la lesione splenica, assai frequente in sede di preparazione dell'intervento di resezione pancreatica, secondo l'esperienza professionale dei periti medico-legali, obbliga talvolta il chirurgo, per ottenere l'emostasi, ad asportare la milza. Nel caso concreto, i chirurghi operanti, pur avendo in seguito proceduto all'asportazione in laparotomia delle ovaie, non si erano minimamente accorti della piccola lacerazione splenica; ciò perché, come spiegato dai periti, una volta rimosso l'apparecchio visore necessario per la laparoscopia, il chirurgo, nel momento in cui aveva deciso di accedere per via tradizionale all'addome, non ebbe più la possibilità di accorgersi del sanguinamento e di esaminare la zona.

Hanno quindi i giudici di secondo grado ravvisato la sussistenza del nesso di causa nell'omessa, tempestiva identificazione delle lesioni (soprattutto di quella splenica) causa dell'emorragia, avuto riguardo anche alle condizioni cliniche della paziente (rese manifeste dalla diagnosi di plurime affezioni neoplastiche formulate anche da un chirurgo ricercatore straniero che si occupava di cancro del pancreas) già note prima dell'intervento e soprattutto dei valori ematici nonché della sintomatologia di anemizzazione che la stessa aveva presentato (ipotensione, senso di oppressione, ecc.) nel decorso *post-operatorio*, anteriormente all'esecuzione del primo massaggio cardiaco (ovvero tra le ore 20,00 e le ore 22,30) come pure nell'aver omesso di allertare il Reparto di guardia chirurgica, presidiato, quel pomeriggio, dal dr. A. In particolare ha sottolineato la corte d'appello che, come delineato nel capo di imputazione, all'imputato N. risaliva un contributo più rilevante nella causazione dell'evento finale. Questi, intervenuto al letto della paziente la sera del giorno del decesso, reintervenendo sulla donna senza anestesia e pur avendo rilevato la presenza di sangue nel peritoneo, avrebbe dovuto in primo luogo accertare da dove aveva origine il sanguinamento e quindi procedere a bloccare l'emorragia in atto, asportando la milza ovvero procedere all'emostasi con punti di sutura applicati al legamento falciforme.

Hanno infatti sostenuto i periti d'ufficio, formulando un giudizio medico-legale condiviso dalla corte distrettuale, che, ove fossero state fatte le necessarie manovre di emostasi, l'emorragia sarebbe stata arrestata e probabilmente la paziente non sarebbe morta.

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 pancreatica 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. Ricorrono per cassazione tutti gli imputati.

Il difensore di H.C., con il primo motivo di ricorso, deduce la violazione degli artt. 521, 522 e 604 c.p.p. assumendo la nullità della sentenza impugnata. I giudici di merito hanno ravvisato elementi di colpa anche nella decisione di voler effettuare l'intervento chirurgico: addebito non contestato nel capo di imputazione, in ordine al quale lo stesso non ha avuto la piena possibilità di difendersi.

La corte d'appello, inoltre, in violazione dell'art. 606, lett. d), c.p.p. ha denegato l'ammissione, quale prova decisiva, di un cd-rom contenente la videoriproduzione di un intervento laparoscopico, con contestuale lacerazione della milza per cm. 0,7, atto a dimostrare l'inverosimiglianza

della tesi dell'accusa – mutuata dall'opinione espressa dai periti d'ufficio – secondo cui, in tali condizioni, si sarebbe verificata una fuoriuscita impercettibile (e quindi non accertabile) di sangue; circostanza direttamente integrante un profilo di colpa ascritto all'imputato, in termini omissivi.

Con il terzo ed il quarto motivo, deduce il ricorrente il vizio di difetto, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione. La corte d'appello non ha tenuto in alcun conto (non verificando peraltro le relative risultanze probatorie) la circostanza, di indubbia rilevanza, concernente l'incertezza diagnostica dell'origine del tumore, al cui accertamento mirava l'intervento di laparoscopia diagnostica, fermo il fatto, confermato anche dai periti d'ufficio, che la paziente, pur affetta da neoplasie in fase avanzata, non presentava condizioni di grave compromissione degli apparati cardiocircolatorio e respiratorio o delle funzioni del sistema nervoso centrale. In caso di tumore a partenza pancreaticca (come purtroppo poi acclarato) non residuavano significative speranze di sopravvivenza; mentre nel caso di tumore di origine ovarica, le aspettative di vita potevano raggiungere i tre anni. Illogicamente disattendendo quanto sostenuto dai periti della difesa a rettifica di giudizi in precedenza espressi e dallo stesso imputato, i giudici d'appello hanno ascritto agli imputati di non essersi colposamente accorti del cospicuo sanguinamento provocato alla milza durante la fase laparoscopica. In verità se fosse stata causata una siffatta lesione il sangue avrebbe invaso il campo operatorio (peraltro ingrandito otto volte dall'apposito visore) tanto più che la paziente (come ammesso poi al dibattimento dal perito prof. F.) era in posizione anti-Trendelenburg vale a dire con la testa in alto e le gambe in basso. Né, passando dalla laparoscopia alla laparotomia, erano stati tolti i *trocars*, come accertato dall'ottica a fine intervento.

La corte d'appello ha altresì ommesso di valutare criticamente che alla condotta dell'imputato non poteva risalire la produzione di una lesione splenica di cm. 1,5 sia perché, come chiarito dai periti della difesa, per accedere al pancreas, fu sezionato un breve tratto del legamento gastrocolico, in una sede distante dalla milza (tant'è vero che nell'esame autoptico non si accennava alla mobilitazione della flessura splenica) sia perché una sì rilevante lesione, provocando un cospicuo sanguinamento, non poteva passare inosservata, *a fortiori* dopoché l'intervento laparotomico, aveva avuto luogo una nuova esplorazione laparoscopica del tutto ignorata dai periti e dai giudici di merito. Inoltre nessuno dei sintomi tipici di un'emorragia splenica (tachicardia, sudorazione fredda, caduta di pressione, ecc.) era stato registrato dall'anestesista, nel corso dell'intervento e neppure nel primo decorso *post*-operatorio, nella paziente, veduta invece da taluni testi chiacchierare con un'amica ed in buone condizioni e senza dolori, non potendo ritenersi sufficiente in contrario il solo dato, evidenziato dalla corte d'appello, relativo all'emocromo. A smentire ancora l'assunto della corte d'appello in ordine alla sussistenza di una lesione alla milza causata dall'imputato, evidenzia il ricorrente, valgono sia il fatto che, come attestato dal teste dr. G., medico di guardia, il materiale ematico aveva fatto la sua prima comparsa nei drenaggi solamente ad ore 22,30 circa del giorno dell'intervento (conclusosi in mattinata) durante le manovre rianimatorie sia la circostanza, emersa dall'esame autoptico, del rinvenimento, all'interno dello sfondato della loggia splenica, di una piccola raccolta di sangue, in parte coagulato, di 200 cc. Il che non poteva dirsi compatibile con una lesione della milza verificatasi al momento dell'intervento. Come emerso in dibattimento, non era comunque possibile che, anche ove vi fosse stata fuoriuscita di sangue dal legamento falciforme (che presenta, anatomicamente, vasi microscopici), da ciò sarebbe derivata un'emorragia mortale; donde l'errata affermazione di responsabilità degli imputati cui era pervenuta la corte d'appello sul punto.

Con argomentazioni illogiche e criticamente non condivisibili, i giudici di secondo grado hanno poi escluso le prospettazioni alternative avanzate dalla difesa, che aveva individuato la causa dell'emorragia, nel caso fortuito dovuto all'imprevedibile cedimento delle *clips* metalliche applicate per suturare i vasi sezionati durante l'ovariectomia; cedimento a sua volta cagionato dalle cattive condizioni generali dei tessuti della paziente, affetta da neoplasia.

Con il quinto ed il sesto motivo di ricorso, lamenta la difesa che la corte d'appello, incorrendo nel vizio di violazione della legge penale, ha erroneamente ravvisato profili di colpa a carico dell'imputato nonché la sussistenza del nesso di causa quando invece, in capo all'imputato H., non

poteva ravvisarsi alcuna condotta penalmente rilevante. A fronte della reale ed imprevedibile causa dell'emorragia e della obiettiva gravità della neoplasia al pancreas allo stadio 4°, di cui la L. era portatrice, significativamente rilevante, per escludere il nesso di causa, è l'ulteriore fattore alternativo costituito da quanto affermato dai medici specialisti canadesi (interpellati dalla donna nell'agosto 2001) secondo i quali, in caso di tumore di origine pancreatico, alla stessa restavano circa sei mesi di vita; sicché la morte della paziente sarebbe comunque sopravvenuta nel mese di dicembre, solo in dipendenza dell'ormai inarrestabile peggioramento della malattia.

Invoca da ultimo ed in subordine il ricorrente l'annullamento della sentenza per esser il reato estinto per maturata prescrizione.

Censura con distinto ricorso, il difensore dell'imputato M. la sentenza d'appello deducendo un unico motivo per contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione risultante dal testo della stessa sentenza impugnata ovvero dagli altri atti del processo, specificamente indicati.

Erroneamente la corte d'appello ha ritenuto integresse gli estremi della colpa l'aver deciso di sottoporre la paziente ad intervento chirurgico atteso che sia l'incertezza obiettiva della diagnosi circa l'origine del tumore (dovuta anche agli accertamenti eseguiti all'epoca, solamente tramite la TAC) sia la comprovata grande manualità di cui disponeva il prof. H. (riconosciuta anche dal perito d'ufficio prof. T.) potevano non escludere che un intervento radicale, pur presentando la paziente un quadro clinico di indubbia gravità, avrebbe portato ad un aumento della sopravvivenza e ad un miglioramento della qualità della vita.

Si duole altresì il ricorrente che i giudici d'appello abbiano ritenuto, in contrasto con le risultanze dibattimentali, comunque valutate illogicamente, che la lesione che ebbe a causare il sanguinamento emorragico sia stata provocata nel corso dell'intervento chirurgico eseguito al mattino e che quindi alla lesione splenica ed a quella del legamento falciforme sia fatta risalire la causa dell'evento morte. Posto che le lesioni alla milza provocano notevole sanguinamento; che tale evento si era verificato solamente tra le ore 23 e le ore 1,00 (ora della morte), rendendo necessari due svuotamenti dei drenaggi; che al tavolo autoptico erano stati rinvenuti solamente 200 cc di sangue contenuti nello stomaco, la logica e sinergica valutazione di tali circostanze avrebbe dovuto condurre (contrariamente agli infondati assunti dei giudici d'appello) ad affermare l'insussistenza della lesione emorragica provocata in precedenza, nel corso dell'intervento chirurgico.

Poiché il sanguinamento si era manifestato solo dopo le ore 22,30 a seguito della manovra rianimatoria, a questa non poteva che farsi risalire anche la lesione della milza (organo attinto da un vaso nel quale scorrono circa cinque litri di sangue al minuto, come chiarito dai periti) attesa la particolare violenza del massaggio cardiaco cui la paziente, per circa venticinque minuti, era stata sottoposta tanto da cagionarle la frattura dello sterno e di due coste tanto più che i valori dell'emoglobina erano rimasti buoni fino alle ore 23,14, dopoché avevano avuto inizio le pratiche rianimatorie. Denuncia da ultimo la difesa la violazione del disposto dell'art. 521 c.p.p. – pur ribadendo il vizio di manifesta illogicità della motivazione – in cui sarebbe incorsa la corte d'appello nel ritenere l'imputato M. responsabile anche dell'intervento chirurgico eseguito dal dr. N. ad ore 0,5 del 12 dicembre 2001, direttamente al letto della paziente, quando invece era dato di fatto assolutamente incontrovertibile che il dr. M. non aveva preso parte a tale fase chirurgica, non essendo tale addebito oggetto di contestazione allo stesso; contestazione limitata alla mancata identificazione, per colpa generica – sia durante l'atto operatorio sia successivamente, prima del termine dello stesso – della lesione della milza, provocata dai tre sanitari nel corso dell'intervento chirurgico dagli stessi compiuto *in equipe*.

Con memoria depositata nell'imminenza dell'odierna udienza, il difensore del M., oltre ad insistere nell'accoglimento del proposto ricorso, ha altresì evidenziato, quale motivo nuovo, la sopravvenuta estinzione del delitto ascritto all'imputato, per maturata prescrizione.

Con distinto ricorso redatto personalmente, l'imputato N., lamenta, in primo luogo, la nullità della sentenza di condanna emessa in grado d'appello stante il difetto di correlazione tra accusa contestata e fatto in essa ritenuto, con specifico riferimento alla decisione di procedere all'intervento ed alla sua condotta nei drammatici momenti dell'arresto cardiaco e del suo intervento in corsia. La mancata contestazione formale al N.; l'omissione di ogni indagine su tale decisione in

occasione dell'interrogatorio dell'imputato; l'assenza di formulazione di quesiti sul punto ai periti nominati in sede di incidente probatorio costituiscono altrettante dimostrazioni del fatto che all'imputato è stata preclusa ogni attività difensiva.

Censura, in secondo luogo, il ricorrente l'illogicità delle argomentazioni con cui la corte d'appello ha denegato l'acquisizione di un cd-rom, richiesta dalla difesa ad illustrazione degli effetti di una lesione splenica ed a smentita degli infondati assunti dei periti secondo i quali una siffatta lesione, ancorché lieve ed ancorché minima, avrebbe potuto causare un sanguinamento «cospicuo, ma lento».

Denuncia in terzo luogo il ricorrente il difetto, la contraddittorietà e l'illogicità della motivazione "nel merito" per essersi la corte d'appello limitata a far proprie criticamente le opinioni espresse dai periti d'ufficio, talvolta previo travisamento delle deduzioni dei consulenti della difesa. Costoro invero, contrariamente a quanto sostenuto in sentenza, hanno dimostrato scientificamente l'infondatezza delle tesi d'accusa, unicamente fondate sul giudizio espresso dai periti d'ufficio, in ordine:

- all'impossibilità della produzione di un'emorragia, in conseguenza della disinserzione del legamento falciforme;

- alla inevitabile causazione di cospicuo ed abbondante sanguinamento per effetto di una lesione splenica, neppure essendo ipotizzabile che di esso gli operatori non si fossero immediatamente accorti giacché il sangue avrebbe invaso massicciamente il campo operatorio tantoché, ove non rapidamente arrestata, una siffatta emorragia avrebbe condotto a morte la paziente molto rapidamente e non certamente dopo sei o sette ore come ritenuto nel caso di specie.

MOTIVI DELLA DECISIONE - L'impugnata sentenza, in applicazione del disposto dell'art. 129 c.p.p. va annullata senza rinvio essendo il reato ascritto agli imputati, estinto per maturata prescrizione, come evidenziato da tutte le parti anche in esito all'odierna discussione.

Risalendo la consumazione del delitto di cui all'art. 589 c.p. all'*(omissis)*, il termine massimo di prescrizione di anni sette e mesi sei – tenuto conto delle interruzioni sopravvenute nel corso del procedimento – benché ulteriormente prolungato di mesi due e giorni quattro a motivo del periodo di sospensione compreso tra il 14 novembre 2006 ed il 18 gennaio 2007, a seguito del rinvio del procedimento di primo grado, disposto in dipendenza dell'astensione dei difensori dalle udienze si è definitivamente compiuto il 15 agosto 2009. Nella fattispecie, pur essendo entrata in vigore, in data 8 dicembre 2005, la l. n. 251 del 2005, il suddetto termine di prescrizione, benché calcolato secondo diversi parametri in applicazione delle due differenti discipline dell'istituto succedutesi nel tempo, dopo la data di consumazione del reato (art. 2 c.p.) non ha subito variazioni di durata, avuto riguardo al titolo del reato ed alla entità della pena detentiva prevista, atteso in particolare, ex art. 157, comma 1, n. 4 e comma 2, c.p. nel testo previgente, l'avvenuto riconoscimento a tutti gli imputati delle attenuanti generiche.

Tanto premesso, occorre verificare se, avuto riguardo ai motivi dedotti dai ricorrenti (sintetizzati nello svolgimento del processo ed ai quali si rinvia per evitare inutili ripetizioni) in relazione alle argomentazioni svolte dalla Corte d'appello di Roma nell'impugnata sentenza, i ricorsi stessi presentino profili di inammissibilità per la manifesta infondatezza delle doglianze ovvero perché basati su censure non deducibili in sede di legittimità, tali, dunque, da non consentire di rilevare l'intervenuta prescrizione (posto che si tratterebbe di causa originaria di inammissibilità).

Orbene, va detto che nessuno dei proposti ricorsi presenta connotazioni di inammissibilità essendo con essi prospettate censure aventi ad oggetto tematiche non solo relative a prospettati vizi di asserita erronea valutazione degli elementi probatori acquisiti ma anche concernenti questioni tecnico-giuridico, con preminente rilevanza medico-legale.

Per quel che concerne, l'applicabilità dell'art. 129, comma 2, c.p.p. va ricordato che, in forza dei consolidati principi di diritto enunciati da questa Corte, il sindacato di legittimità, ai fini della eventuale applicazione della surrichiamata disposizione, deve essere circoscritto all'accertamento della ricorrenza delle condizioni per addivenire ad una pronuncia di proscioglimento nel merito con una delle formule prescritte: la conclusione può essere favorevole al giudicabile solo se la prova dell'in-

sussistenza del fatto o dell'estraneità ad esso dell'imputato risulti evidente, sulla base degli stessi elementi e delle medesime valutazioni posti a fondamento della sentenza impugnata, senza possibilità di nuove indagini e di ulteriori accertamenti che sarebbero incompatibili con il principio secondo cui l'operatività della causa estintiva, determinando il congelamento della situazione processuale esistente nel momento in cui è intervenuta, non può essere ritardata. Qualora il contenuto complessivo della sentenza non prospetti, nei limiti e con i caratteri richiesti dall'art. 129 c.p.p., l'esistenza di una causa di non punibilità più favorevole all'imputato, deve prevalere l'esigenza della definizione immediata del processo (in tal senso cfr., *ex plurimis*, Sez. un., n. 35490/2009, Tettamanti).

Nella concreta fattispecie, nella sentenza della corte d'appello (resa peraltro a conferma della sentenza di condanna di primo grado) non sono riscontrabili elementi di giudizio idonei ad integrare la prova evidente dell'innocenza dei prevenuti, ma sono, anzi, contenute valutazioni di segno diametralmente opposto, logicamente conducenti all'accertamento della responsabilità degli stessi. Non sono pertanto ravvisabili *ictu oculi*. I profili di violazione della legge sostanziale e processuale prospettati dai ricorrenti, posto che, avuto riguardo al testo della sentenza impugnata, si rileva che la corte distrettuale – attraverso il percorso motivazionale sopra ricordato (nella parte relativa allo svolgimento del processo), da intendersi qui integralmente richiamato onde evitare superflue ripetizioni – ha analizzato, secondo i canoni prescritti, gli aspetti concernenti le problematiche relative alla sussistenza della condotta colposa contestata agli imputati e del nesso causale tra la condotta stessa, quale descritta nell'imputazione, e l'evento, non mancando di esprimere le proprie valutazioni al riguardo, con considerazioni che consentono di escludere non solo che possa ritenersi acquisita ovviamente senza la necessità di procedere ad alcun approfondimento nella valutazione del materiale probatorio agli atti – la prova evidente dell'innocenza degli imputati, ma anche che possa parlarsi di compendio probatorio contraddittorio o insufficiente tale da legittimare il prevalere della causa di proscioglimento nel merito sulla causa estintiva del reato (cfr. Sez. un., n. 35490/2009, Tettamanti).

In linea di principio, sempre alla stregua del ricordato l'insegnamento delle Sezioni unite, deve escludersi che il Giudice di legittimità possa rilevare il vizio di motivazione della sentenza impugnata – che necessariamente condurrebbe all'annullamento con rinvio – essendo invece tenuto a far luogo alla immediata declaratoria di estinzione del reato, giacché la stessa pronuncia preliminarmente avrebbe adottato il giudice di rinvio. Identica conclusione va formulata in relazione alle questioni di nullità prospettate da tutti gli imputati, con le diverse argomentazioni in narrativa evidenziate. In ordine all'asserita violazione del principio di correlazione tra contestazione e sentenza, stante, appunto, l'intervenuta declaratoria di prescrizione che comunque non consentirebbe di rilevare alcuna nullità, eventualmente configurabile.

Da ultimo giova rimarcare che, contrariamente a quanto sostenuto dai difensori degli imputati nel corso dell'odierna discussione, intervenuta una causa estintiva del reato, l'eventuale difetto o contraddittorietà od insufficienza della prova della colpevolezza dell'imputato non consente di accedere al proscioglimento nel merito, ex art. 530, comma 2, c.p.p. potendo prevalere la causa di non punibilità, a' sensi dell'art. 129, cpv., c.p. e art. 531, comma 1, c.p.p. nel solo caso in cui quest'ultima sia "evidente", emerga in modo palese, "positivamente" dagli atti processuali.

(1) Sui rapporti tra estinzione del reato e proscioglimento nel merito a norma dell'art. 530, comma 2, c.p.p. esisteva in giurisprudenza un contrasto, che è stato composto dalle Sezioni unite con l'affermazione che il proscioglimento nel merito, nel caso di contraddittorietà o insufficienza della prova, non prevale rispetto alla dichiarazione immediata di una causa di non punibilità, salvo che, in sede di appello, sopravvenuta una causa estintiva del reato, il giudice sia chiamato a valutare, per la presenza della parte civile, il compendio probatorio ai fini delle stuazioni civili oppure ritenga infondata nel merito l'impugnazione del p.m.

proposta avverso una sentenza di assoluzione pronunciata in primo grado ai sensi dell'art. 530, comma 2, c.p.p. (Sez. un., 28 maggio 2009, n. 35490, Tettamanti, in *questa rivista*, 2010, p. 4091, con nota di BELTRANI).

RESPONSABILITÀ COLPOSA E “ACCANIMENTO TERAPEUTICO CONSENTITO”

La sentenza in commento offre lo spunto per riflettere su un problema per certi aspetti nuovo del diritto penale della medicina: quello degli eventuali profili di responsabilità penale del medico che su espressa richiesta del malato intervenga chirurgicamente nel tentativo di procrastinare il momento della morte, nonostante per la scienza medica da quel trattamento «non si possa fondatamente attendere un beneficio per il paziente».

I profili rilevanti che vengono esaminati concernono: a) l'incidenza della volontà del paziente sui confini dell'accanimento terapeutico; b) la rilevanza a titolo di omicidio colposo di un intervento 'disperato' e non riuscito, richiesto dal paziente al fine di inseguire (pur remote) possibilità di auspicato prolungamento (anche minimo) della vita.

In particolare, da un lato si evidenziano i rischi connessi all'adozione di una lettura esclusivamente oggettiva della nozione di 'accanimento terapeutico' e dall'altro si dubita della possibilità di riconoscere natura cautelare (e su di essa fondare una responsabilità a titolo di colpa specifica) alla norma del codice deontologico asseritamente violata dai medici (art. 16), che impone di «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 contributo soggettivo del paziente viene infine esaminato anche allo scopo di precisare meglio i contenuti della posizione di garanzia da attribuire al medico, che va arricchita di momenti di doverosità legati all'esigenza di tenere nel debito conto la volontà del paziente stesso.

Sommario 1. Il problema sul tappeto. — 2. Il caso (e una soluzione forse troppo semplice). — 3. Lo spunto: una responsabilità colposa da 'accanimento terapeutico consentito'. — 4. Accanimento terapeutico e consenso del paziente. — 5. Accanimento terapeutico, colpa e rischi collaterali. — 6. Le implicazioni sulla posizione di garanzia del medico. — 7. Osservazioni conclusive in prospettiva *de iure condendo*. Verso nuovi obblighi del medico?

1. IL PROBLEMA SUL TAPPETO

di **Cristiano Cupelli** Può un'ipotesi di (vero o presunto) accanimento terapeutico consentito dal paziente fondare una responsabilità per omicidio colposo a carico del medico?

Questo lo spunto di riflessione offerto da una recente sentenza della Cassazione, beneficiaria di un'eco mediatica spropositata, riconducibile al fatto che il tema dell'accanimento terapeutico è ormai al centro dell'attenzione anche a causa dell'acceso dibattito parlamentare sulle direttive anticipate di trattamento e sulle questioni bioetiche del fine vita; sentenza che – nonostante i patenti fraintendimenti nelle grossolane ricostruzioni giornalistiche ⁽¹⁾ – pone sul tappeto del diritto penale della

⁽¹⁾ Per una riflessione critica sul clamore suscitato dalla pronuncia ed ancor di più sulle distorsioni interpretative che la lettura offerta dalla stampa ha proposto all'opinione pubblica, in una rincorsa

medicina un problema ulteriore e per certi aspetti nuovo, connesso ai doveri ascrivibili al medico ed ai confini della sua posizione di garanzia, anche con riferimento al ruolo del consenso del paziente: quello degli eventuali profili di responsabilità penale di colui che su espressa richiesta del malato intervenga chirurgicamente nel tentativo di procrastinare il momento della morte, nonostante per la scienza medica da quel trattamento «non si possa fondatamente attendere un beneficio per il paziente».

Si tratta della sentenza 13 gennaio 2011 (dep. 7 aprile 2011), n. 13746 della Sez. IV pen. della Cassazione, nella quale i giudici – pur dichiarando l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione – hanno sostanzialmente confermato l'impianto motivazionale della Corte d'appello di Roma, che aveva condannato per omicidio colposo i medici, ravvisando «il prioritario profilo di colpa in cui versavano gli imputati (...) nella violazione delle regole di prudenza, applicabili nella fattispecie, nonché delle disposizioni dettate dalla scienza e dalla coscienza dell'operatore», in quanto, «attese le condizioni indiscusse ed indiscutibili della paziente (affetta da neoplasia pancreatica 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», avendo pertanto i chirurghi «agito in dispregio al codice deontologico che fa divieto di trattamenti informati a forme di inutile accanimento diagnostico-terapeutico».

2. IL CASO (E UNA SOLUZIONE FORSE TROPPO SEMPLICE)

Il caso è quello di una paziente, malata terminale per plurime affezioni neoplasiche, alla quale venivano cagionate, nel corso di un intervento chirurgico di laparoscopia – prima – e di laparotomia – dopo –, lesioni non tempestivamente identificate, alla milza ed al legamento falciforme, dalle quali derivava un sanguinamento che determinava nella donna, già gravemente debilitata nell'organismo, una conseguente emorragia letale.

Va precisato che la *causa mortis* è stata individuata dalla corte d'appello – che ha a sua volta recepito e fatta propria la motivazione della sentenza di primo grado – in una «insufficienza cardio-circolatoria sopravvenuta in una paziente affetta da neoplasia pancreatica con diffusione generalizzata (metastasi plurime in corrispondenza del peritoneo, dei cavi pleurici, dell'intestino, delle ovaie, del fegato e dei polmoni) operata di ovariectomia e di asportazione di massa neoplastica presigmoidea con decorso post-operatorio complicato dal sanguinamento per lesioni al legamento falciforme e per la lacerazione del polo inferiore della milza». È stata inoltre ravvisata «la sussistenza del nesso di causa nell'omessa, tempestiva identificazione delle lesioni causa dell'emorragia, avuto riguardo anche alle condizioni

enfatica a nobilitare (per una volta!) l'intervento della magistratura a tutela dei diritti del paziente contro il deprecato accanimento terapeutico, v.

PIRANI, *Chirurghi sotto accusa con sentenza inventata*, in *La Repubblica* del 18 aprile 2011, p. 26.

cliniche della paziente (...) già note prima dell'intervento e soprattutto dei valori ematici nonché della sintomatologia di anemizzazione che la stessa aveva presentato (...) nel decorso post-operatorio (...), come pure nell'aver omesso di allertare il Reparto di guardia chirurgica», ritenendosi peraltro che, «ove fossero state fatte le necessarie manovre di emostasi, l'emorragia sarebbe stata arrestata e probabilmente la paziente non sarebbe morta».

Per la verità, la soluzione della vicenda (al di là della conclusione con sentenza di annullamento senza rinvio per intervenuta prescrizione *ex art. 129 c.p.p.*) appare da subito, nel merito ed in diritto, relativamente semplice; il riferimento, quale causa della morte, ad un errore nell'intervento e ad una mancata e tempestiva "attivazione" per bloccare l'emorragia richiama una classica ipotesi di colpa generica per violazione delle *leges artis*. Era pertanto ai tradizionali canoni di accertamento della responsabilità colposa in ambito medico che si sarebbero dovuti rapportare, nel processo motivazionale, i giudici di appello, ragionando in termini di prevedibilità ed evitabilità dell'evento concreto (morte a seguito di emorragia).

3. LO SPUNTO: UNA RESPONSABILITÀ COLPOSA DA 'ACCANIMENTO TERAPEUTICO CONSENTITO'

Ben più complicato (ma forse, vien da sospettare, anche più intrigante) e soprattutto, come si vedrà, non del tutto conferente, si presenta invece il richiamo della Corte di appello nella sentenza impugnata, ad una condotta colposa del medico che trovi la sua fonte nella violazione non già delle classiche *leges artis* dell'attività medico-chirurgica, quanto del divieto di accanimento terapeutico (AT); accanimento ravvisato nell'aver eseguito un intervento chirurgico nei confronti di una paziente giudicata 'inoperabile' in quanto affetta da un tumore in fase terminale.

In ogni caso, un merito alla pronuncia va riconosciuto: quello appunto di offrire un *input* alla riflessione circa la possibile individuazione di una responsabilità penale colposa ascrivibile al medico per quello che potremmo definire come 'accanimento terapeutico consentito' (in quanto, è bene ribadirlo, la paziente, per ragioni personali, aveva prestato un valido consenso ed «era disposta a tutto pur di ottenere un sia pur breve prolungamento della vita»).

La sentenza lo individua in un ibrido tra responsabilità per colpa generica (violazione delle regole di prudenza, applicabili nella fattispecie, nonché delle disposizioni dettate dalla scienza e dalla coscienza dell'operatore) e colpa specifica (violazione del «codice deontologico che fa divieto di trattamenti informati a forme di inutile accanimento diagnostico-terapeutico»: la norma di riferimento è l'art. 16, a tenore della quale «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»).

I profili rilevanti, su cui ci soffermeremo, sono essenzialmente due:

- a) l'incidenza del consenso del paziente sui confini dell'accanimento terapeutico;
- b) la possibile rilevanza a titolo di omicidio colposo di un intervento 'disperato' e non riuscito, richiesto dal paziente al fine di inseguire (pur remote) possibilità di auspicato prolungamento (anche minimo) della vita.

4. ACCANIMENTO TERAPEUTICO E CONSENSO DEL PAZIENTE

Rispetto alla prima questione, la sentenza si mostra quantomeno anacronistica, svalutando totalmente il ruolo della volontà del malato, in controtendenza con il superamento della visione paternalistica del rapporto tra medico e paziente e delle acquisizioni circa la decisività del consenso quale fonte di legittimazione dell'intervento medico. Dalla pronuncia, infatti, sembra emergere un rigido obbligo per il medico di astenersi dall'effettuare un trattamento medico oggettivamente riconducibile ad un accanimento terapeutico per le sue remotissime *chances* anche solo di prolungamento della vita, pur a fronte di un'espressa volontà in tal senso manifestata dal paziente, con totale estromissione del momento soggettivo nella ricostruzione dei confini dell'AT.

4.1. Ora, come è stato illustrato nella letteratura medica, se il contesto nel quale si suole parlare di AT è chiaro, e cioè riguarda quello dei malati con prognosi infausta a breve termine, ciò che manca è una definizione operativa condivisa.

In un documento del 1995 del Comitato Nazionale per la Bioetica (*"Questioni bioetiche relative alla fine della vita umana"*) si parla di AT come di un «trattamento di documentata inefficacia in relazione all'obiettivo, a cui si aggiunga la presenza di un rischio elevato e/o una particolare gravosità per il paziente con un'ulteriore sofferenza, in cui l'eccezionalità dei mezzi adoperati risulti chiaramente sproporzionata agli obiettivi della condizione specifica». Sono tre gli elementi principali: 1) la documentata inefficacia e quindi l'inutilità; 2) la gravosità del trattamento; 3) l'eccezionalità dei mezzi terapeutici.

Nella definizione contenuta all'art. 13 del codice deontologico nella versione del 1995 si prevedeva che il medico dovesse astenersi dal cosiddetto accanimento diagnostico-terapeutico, «consistente nella ostinazione in trattamenti da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per il paziente o un miglioramento della qualità della vita», traducendo in sostanza il solo criterio della inefficacia in relazione all'obiettivo del beneficio del paziente.

Entrambe queste definizioni si soffermano sul dato oggettivo, consentendo in tal modo ai singoli medici di individuare autonomamente comportamenti che, configurandosi come AT, siano da evitare, lasciando tuttavia irrisolto a livello definitorio un problema di fondo, legato all'impossibilità di prescindere (anche) in questo caso dalla valutazione soggettiva del malato, dal momento che ad essa sono intimamente connessi i concetti di beneficio e qualità della vita. Di contro, è significativo rilevare come nella versione del 2006 del medesimo codice si sia introdotto l'inciso che fa riferimento all'esigenza per il medico di tenere conto delle volontà del paziente, laddove espresse, senza tuttavia che si sia chiarito che rapporto intercorra tra la valutazione oggettiva e la volontà del malato, e quale sia il parametro per valutare la qualità di vita del paziente ⁽²⁾.

⁽²⁾ Sulla filosofia di fondo sottesa alla versione del codice di deontologia medica approvato dal Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Medici e degli Odontoiatri il 16 dicembre 2006, v. BARNI, *Un codice*

deontologico di chiara sostanza medico-legale, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 543 s. e ANGIONI, *Il nuovo codice di deontologia medica*, in *Criminalia*, 2007, p. 27 s.

Al di là del *deficit* definitorio⁽³⁾, si può ritenere che lo stesso concetto di accanimento non possa essere ricostruito prescindendo totalmente dal giudizio del malato, quando questi abbia conservato la sua capacità decisionale: lo stesso trattamento può essere ritenuto appropriato da un individuo e inappropriato da un altro⁽⁴⁾. Così, si è detto che nel caso in cui il paziente sia in grado di partecipare al processo decisionale, nessun trattamento può essere intrapreso senza il suo consenso informato. Ma se il paziente presta il suo consenso, a quel punto «ovviamente non ha senso parlare di AT, a meno che il consenso non gli sia stato estorto sulla base di un'informazione errata (se cioè non si sia trattato di un vero consenso informato)», con la conseguenza che il concetto di accanimento non avrebbe più alcuna utilità ogni qualvolta il paziente sia in grado di prendere decisioni, conservando viceversa rilievo «nelle situazioni in cui il paziente non è più capace e non ha espresso in precedenza un'indicazione sulle sue preferenze riguardo ad eventuali futuri trattamenti»⁽⁵⁾.

Certo, da altra parte, nemmeno può ritenersi che la volontà del paziente (anche se esplicitata in una specifica richiesta) esoneri il medico «dalla posizione di garanzia che egli ricopre: delle scelte terapeutiche il medico ha in ogni caso la responsabilità, e ha il dovere di non cedere a richieste di praticare interventi tecnicamente insostenibili o giuridicamente vietati»⁽⁶⁾. E allora la questione si sposta sulla necessità di rinvenire un criterio decisivo nelle ipotesi in cui la volontà del paziente diverga dalla valutazione del medico circa l'utilità del trattamento, considerando altresì che la finalità della terapia non è necessariamente la guarigione, ma «anche il mero mantenimento in vita, persino in condizioni fortemente compromesse e/o di grave sofferenza»⁽⁷⁾, sicché non è sempre così agevole individuare il discrimine tra il doveroso attivarsi terapeutico e l'accanimento vietato⁽⁸⁾. Senza dimenticare che il sovrapporsi della

⁽³⁾ *Deficit* non colmato dagli sforzi argomentativi della giurisprudenza nelle due sentenze 'emblematiche' sul tema del rifiuto di cure – ritenute non integranti ipotesi di AT – da parte di un paziente capace (caso Welby) e di un paziente incapace (caso Englaro). In particolare, il G.u.p. presso il Tribunale di Roma (sent. 23 luglio 2007, n. 2049, in questa rivista, 2008, p. 1791 s., con nota di CUPELLI, *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare)*, *ivi*, p. 1807 s.) attribuisce all'AT un «contenuto residuale, nel senso che in esso potrebbe rientrare tutto ciò che è insistenza terapeutica al di fuori del caso di consapevole rifiuto espresso direttamente e nell'immediatezza dal destinatario delle cure», riguardando «i casi di terapia esercitata nei confronti di soggetti non più in grado di decidere per sé, relativamente ai quali la malattia a prognosi infausta è pervenuta alla fase terminale o nei quali vi sia irreversibilità della condizione di coma» (*ivi*, p. 1806); la Cassazione civile (I sez., sent. 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Guida dir.*, n. 43, 2007, p. 29 s., con nota di SALERNO, *L'apertura al testamento biologico non cancella i problemi applicativi*, *ivi*, p. 42 s.) esclude che nutrizione e idratazione artificiali costituiscano «oggettivamente

una forma di accanimento terapeutico», rappresentando piuttosto «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» (*ivi*, p. 40).

⁽⁴⁾ DEFANTI, *I trattamenti di sostegno vitale, in I diritti in medicina*, a cura di Lenti-Palermo Fabris-Zatti, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà-Zatti, Giuffrè, 2011, p. 586; nello stesso senso, TAVANTI-PICOZZI-SALVATI, *Manuale di deontologia medica*, Giuffrè, 2007, p. 465 s.

⁽⁵⁾ DEFANTI, *I trattamenti di sostegno vitale*, *cit.*, p. 586.

⁽⁶⁾ PULITANO, *Diritto penale. Parte speciale, Tutela penale della persona*, vol. I, Giappichelli, 2011, p. 47-48.

⁽⁷⁾ PULITANO, *Diritto penale. Parte speciale*, *cit.*, p. 48.

⁽⁸⁾ Sul punto, anche con riferimento alle posizioni della Chiesa Cattolica, ANGIONI, *Il nuovo codice di deontologia medica*, *cit.*, p. 286 s.

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).

La problematicità rispetto all'individuazione dei limiti dei doveri del medico è confermata anche nella previsione contenuta all'art. 1, comma 1, lett. f) del disegno di legge in tema di «Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento» (attualmente all'esame del Senato in seconda lettura), ove si legge che «in casi di pazienti in stato di fine vita o in condizioni di morte prevista come imminente, il medico debba astenersi da trattamenti straordinari non proporzionati rispetto alle condizioni cliniche del paziente o agli obiettivi di cura». Si tratta, come appare da subito evidente, di una soluzione non risolutiva, dal momento che occorre ancora una volta sciogliere in via preliminare il nodo di cosa debba esattamente intendersi per trattamenti «straordinari non proporzionati» e di quale sia il peso da assegnare alla volontà del paziente nel giudizio di 'proporzione' del trattamento.

4.2. Tutto questo, a stretto rigore, esula dal caso in esame, nel quale vi era stata una sostanziale concordia tra il medico ed il paziente sulla proporzionalità del trattamento; l'eventuale sproporzione sarebbe tutta (e solo) di natura oggettiva, e l'errore del medico sarebbe stato nel non averla percepita o invece nell'aver assecondato acriticamente la volontà del malato.

Ciò che preme evidenziare è la molteplicità dei rischi che reca con sé una lettura esclusivamente 'oggettiva' dell'AT. Da un lato, quello di eliminare la possibilità per il paziente di far valere residue (seppure scarse) chances di salvezza o di prolungamento della vita (se desiderate, come nel caso di specie) ⁽⁹⁾; dall'altro, quello di far riemergere istanze paternalistiche nella relazione terapeutica, rimettendo al solo medico la scelta non soltanto del come ma anche del se e del quando effettuare un determinato trattamento. Con in più, l'ulteriore pericolo che il medico, al fine di preservarsi anticipatamente da una possibile responsabilità penale, possa qualificare come AT – rispetto al quale dunque varrebbe un obbligo di astenersi – anche interventi sì rischiosi per la vita del paziente, ma dai quali sia ancora possibile trarre un qualche beneficio per la sua salute ⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Del resto, è ben noto come vi sia chi, nell'attuale dibattito sulle tematiche relative al rifiuto di cure, è portato a ritenere che si possa fare di tutto per prolungare, anche senza speranza di guarigione, il mantenimento in vita, tanto da giungere a ritenere irrefutabili nutrizione e idratazione artificiali, come ogni altro trattamento salvavita.

⁽¹⁰⁾ In ossequio al noto e sempre più diffuso fenomeno della c.d. medicina difensiva, e cioè di quella pratica di misure diagnostiche o terapeutiche effettuate non già allo scopo di assicurare la salute del paziente, quanto piuttosto a garanzia del medico dalle possibili responsabilità seguenti alle cure mediche prestate. Più in dettaglio, nel caso di specie

si tratterebbe di un'ipotesi di medicina difensiva negativa, consistente per l'appunto nell'astensione dall'intervento di cura, evitando il medico determinati pazienti o interventi ad alto rischio. Sul tema, si rinvia esaurientemente a AA.VV., *Il problema della medicina difensiva*, a cura di Forti-Catino-D'Alessandro-Mazzucato-Varraso, ETS, 2010, *passim*.

Il pericolo paventato nel testo è stato da subito messo in evidenza da medici e chirurghi direttamente coinvolti su pazienti terminali; cfr. DE BAC, *I chirurghi e le operazioni estreme: noi, tutti condannabili*, in *Corriere della sera* del 14 maggio 2011, p. 31.

E non è un caso forse che nei primi commenti si riscontri un plauso unanime alla soluzione di una responsabilità colposa da 'accanimento terapeutico consentito' proprio da parte dei più accesi fautori della indisponibilità della vita, i quali ne traggono spunto per superare il problema relativo all'importanza (decisiva) del consenso e della volontà del paziente ⁽¹¹⁾. Il sillogismo che sembra cogliersi è il seguente: come è superabile il consenso rispetto all'esecuzione di un intervento (caso di specie), allo stesso modo può essere vinto anche un eventuale dissenso prestato dal paziente stesso ad un trattamento salvavita proporzionato, potendo quindi il medico legittimamente intervenire (qualora ritenga l'intervento utile alla salute, oggettivamente intesa, del paziente) anche contro la volontà del malato stesso.

A questa lettura può essere sufficiente contrapporre la presa di posizione sul punto del Cardinale Martini, in un illuminato intervento di qualche anno fa nel pieno del dibattito sul caso Welby, il quale, ad esplicazione della definizione di 'accanimento terapeutico' contenuta nel Catechismo della Chiesa Cattolica ⁽¹²⁾, ha rilevato che «il punto delicato è che per stabilire se un intervento medico è appropriato non ci si può richiamare a una regola generale quasi matematica, da cui dedurre il comportamento adeguato, ma occorre un attento discernimento che consideri le condizioni concrete, le circostanze e le intenzioni dei soggetti coinvolti», sottolineando come «in particolare non può essere trascurata la volontà del malato, in quanto a lui compete – anche dal punto di vista giuridico, salvo eccezioni ben definite – di valutare se le cure che gli vengono proposte, in tali casi di eccezionale gravità, sono effettivamente proporzionate» ⁽¹³⁾.

5. ACCANIMENTO TERAPEUTICO, COLPA E RISCHI COLLATERALI

La seconda questione penalisticamente rilevante involge la possibilità di riconoscere natura cautelare (e su di essa fondare una responsabilità per omicidio colposo) alla norma del codice deontologico asseritamente violata dai medici (art. 16), che impone di «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».

Invero, il riferimento al codice deontologico conduce verso un tentativo di assegnare la responsabilità alla sfera della colpa specifica, che tuttavia appare in questo caso priva di taluni dei suoi connotati 'classici'.

Per svariati motivi.

5.1. Anzitutto, ed in termini generali, per i dubbi che la fonte presa in considerazione

⁽¹¹⁾ Per tutti, significativamente, MORRESI, *Cassazione doppia. Chiarezza urgente*, in *Avvenire* del 10 aprile 2011, p. 2; MORRESI, *I medici accettino la loro responsabilità*, in *Avvenire - Insetto 'È vita'* del 14 aprile 2011, p. 2; NAVA, *Quando la Cassazione protegge la vita*, *ivi*, p. 2; GAMBINO, *Per tutelare la vita serve un testo senza ambiguità*, in *Avvenire - Insetto 'È vita'* del 28 aprile 2011, p. 3.

⁽¹²⁾ *Compendio del Catechismo della Chiesa Cattolica*, ove – al n. 471 – si definisce «accanimento terapeutico» la «rinuncia [...] all'utilizzo di procedure mediche sproporzionate e senza ragionevole speranza di esito positivo».

⁽¹³⁾ MARTINI, *Io, Welby e la morte*, in *Il Sole 24 ore* del 21 gennaio 2007, p. 31.

ne – il codice deontologico – possa realmente assurgere a rango di «regola cautelare codificata» (*sub specie* 'disciplina'), idonea a fondare una responsabilità a titolo di colpa specifica.

Infatti, se è innegabile che la deontologia medica, oltre ad una «funzione e portata di orientamento culturale all'interno della comunità medica, con valore promozionale e non solo ricettivo dell'esistente nella prassi» e ad una «rilevanza giuridica interna, con eventuali effetti disciplinari», possiede anche «un'intrinseca finalità di interesse pubblico e in particolare di tutela degli interessi degli utenti», che le fa acquisire una indubbia «rilevanza giuridica esterna»⁽¹⁴⁾ e «si fa progressivamente più ricca se non di indicazioni esaurienti, quantomeno di spunti e aperture utili per la ricerca di possibili soluzioni», è altresì vero che «essa non è fonte del diritto, bensì un complesso di norme interne a un'associazione privata qual è l'ordine professionale»⁽¹⁵⁾.

Di recente, anche le Sezioni unite della Cassazione, nella sentenza Giulini del 2008, hanno riconosciuto uno specifico risvolto alla normativa «elaborata dagli organismi professionali in campo di deontologia medica», giacché «da essa (...) si chiarisce la portata del 'circuito informativo' che deve collegare tra loro medico e paziente in vista di un risultato che – riguardando diritti fondamentali – non può non essere condiviso», rimarcando tuttavia come l'inosservanza delle regole ivi contenute è sì «fonte di responsabilità», ma «non necessariamente penale»⁽¹⁶⁾.

A questo punto, senza addentrarci oltre nel dibattito pubblicistico sulla collocazione del codice deontologico medico – al pari degli altri codici deontologici – nel sistema delle fonti⁽¹⁷⁾, ai nostri fini è utile segnalare taluni profili distonici che esso presenta rispetto alle caratteristiche essenziali delle regole di condotta rilevanti ai fini della colpa, partendo dal presupposto – ormai pacifico – che possono considerarsi tali quelle regole «che impongono o vietano una data condotta all'esclusivo scopo di neutralizzare, o ridurre, il pericolo che da quella condotta possano derivare eventi dannosi o pericolosi rilevanti ai sensi di una fattispecie di reato colposo»⁽¹⁸⁾. Ebbene, possono nutrirsi seri dubbi che nel codice di deontologia medica sia ravvisabile un contenuto realmente prescrittivo e di divieto, una funzione preventiva nei confronti di eventi tipici, non trattandosi evidentemente di una fonte chiamata a disciplinare veri e propri fattori di rischio⁽¹⁹⁾. Dubbi confermati, nel particolare, dal fatto che, come si

⁽¹⁴⁾ ANGIONI, *Il nuovo codice di deontologia medica*, cit., p. 279.

⁽¹⁵⁾ GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 554.

⁽¹⁶⁾ Sez. un., sent. 18 dicembre 2008, n. 2437, Giulini, in *questa rivista*, 2009, p. 1803, con nota di VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'ap-prodo (provvisorio?) delle Sezioni unite*; in *Foro it.*, 2009, II, c. 305 s., con nota di FIANDACA, *Luci ed ombre della pronuncia a Sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*; in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 447 s., con nota di PELLISSERO, *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, ivi, p. 455 s.; in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 1042 s., con nota di TORDINI CAGLI, *Profili penali del trattamento medico-chirurgi-*

co in assenza di consenso e in *N. giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 926 s., con nota di PALERMO FABBRICIONATO, *Sull'atipicità penale dell'atto medico-chirurgico non consentito ma fausto nell'esito (Sezioni unite penali, 21 gennaio 2009, n. 2437)*, ivi, II, p. 395 s. Richiama espressamente il passo della sentenza riportato nel testo, LEOTTA, voce *Consenso informato*, in *Dig. d. pen.*, Agg. V, Utet, 2010, p. 107 s.

⁽¹⁷⁾ Un recente quadro ricostruttivo in F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Giuffrè, 2008, p. 43, nota 91.

⁽¹⁸⁾ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2009, p. 295.

⁽¹⁹⁾ In senso analogo, seppure con alcuni distinguo legati alla possibilità che «alcune indicazioni

avrà modo di sottolineare a breve, anche la previsione del codice richiamata è espressione di un principio di carattere generale, una sorta di norma etica di comportamento per così dire 'generica', che non consente di muovere un addebito 'specifico' al medico.

5.2. Un'ulteriore osservazione – che per la verità, se accolta, risolverebbe alla radice la possibilità di intravedere possibili profili di responsabilità colposa – riguarda poi il carattere necessariamente modale della regola cautelare, cui non sarebbe riconducibile un mero obbligo di astensione, quale quello contenuto al menzionato art. 16 del codice deontologico.

È noto infatti che la regola cautelare rilevante ai fini di un rimprovero per colpa deve contenere una prescrizione che indichi i comportamenti ed i mezzi necessari a evitare la lesione del bene giuridico tutelato⁽²⁰⁾, dal momento che essa è volta a stabilire condizioni operative di liceità dell'esercizio di attività pericolose⁽²¹⁾; detto altrimenti, la regola cautelare ha la funzione «di indicare il modo in cui va svolta l'attività pericolosa»⁽²²⁾. Da ciò ne deriva l'importante conseguenza – recepita anche dalla maggioritaria giurisprudenza della Cassazione in tema di responsabilità medica⁽²³⁾ –

promananti dal codice deontologico possono rivelarsi assai utili per valutare la correttezza o meno dell'operato del medico, anche in sede penale», VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. II. I delitti colposi*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da Marinucci-Dolcini, Cedam, 2003, p. 190 s.

Contra, ANGIONI, *Il nuovo codice di deontologia medica*, cit., p. 279, secondo il quale «nel diritto penale le norme deontologiche rappresentano "elementi normativi delle fattispecie", in particolare nell'ambito dei reati colposi, posto che l'art. 43 c.p. definisce la colpa come inosservanza fra l'altro di "discipline"; e non è dubbio che i codici deontologici delle professioni e in specie quello medico costituiscono nei loro rispettivi ambiti modelli organici e dettagliati di "disciplina". Esempi di norme di comportamento di questo genere sono gli artt. 2, 13, 19, 21, 23, 26 del codice deontologico». Pur precisandosi poi che «ciò vale dunque in via di principio, senza sottacere peraltro che costituisce capitolo tutto da studiare il rapporto tra regole di condotta descritte nel codice deontologico e la consueta figura-modello di riferimento penale dell'*homo eiusdem professionis*; se cioè – tanto per fare un esempio – la violazione di una norma deontologica raggiunga già di per sé il livello di rilevanza colposa in ambito penale».

Nello stesso senso, IADECOLA, in IADECOLA-BONA, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie. Profili civili e penali*, Giuffrè, 2009, p. 71 s. (ed in IADECOLA, *Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed autonomia di disciplina*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 554 s.), per il quale è «difficile negare il delinearsi di una rilevanza anche esterna, ossia

nello stesso ordinamento generale, della disciplina deontologica, per lo meno con riferimento alle norme che si contrassegnino per la loro destinazione a regolare la condotta del sanitario nei confronti del paziente, o i cui riflessi applicativi possano comunque investire la qualità della prestazione da rendere al medesimo»; in particolare, l'A. ritiene di poter ravvisare la connotazione cautelare o precauzionale in talune norme del codice approvato nel dicembre 2006, quali l'art. 8 (che stabilisce la doverosità degli interventi medici d'urgenza), l'art. 13 (per il quale le prescrizioni e i trattamenti devono essere ispirati «ad aggiornare e sperimentare acquisizioni scientifiche» e sussiste il dovere del medico di non far mancare mai al paziente «le sperimentate ed efficaci cure disponibili»), l'art. 19 (che impone il dovere di aggiornamento e formazione professionale permanente) e l'art. 23 (ove è stabilito il principio della «continuità delle cure»).

⁽²⁰⁾ Così FORTI, voce *Colpa (dir. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. II, Giuffrè, 2006, p. 947.

⁽²¹⁾ GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Cedam, 1993, p. 233 s.; GIUNTA, *La normatività della colpa penale: lineamenti di una teoria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 86 s.; GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, p. 152 s.; MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Medicina e diritto penale*, a cura di Canestrari-Giunta-Guerrini-Padovani, ETS, 2009, p. 253.

⁽²²⁾ GIUNTA, *La legalità della colpa*, cit., p. 153.

⁽²³⁾ Come segnalato da MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della*

di escludere la possibilità «di completare la tipicità colposa per mezzo di qualunque paradigma comportamentale che non abbia ad oggetto una modalità di azione»⁽²⁴⁾, pena la trasformazione surrettizia per via giudiziaria della norma «in un divieto, ovvero nell'opposto logico e funzionale della regola cautelare»⁽²⁵⁾, in violazione della riserva di legge in materia penale.

5.3. Ma anche a voler ritenere, con altra dottrina (invero maggioritaria⁽²⁶⁾), che pure un mero obbligo di astensione possa valere come regola cautelare (o comunque attribuendo alla distinzione «tra veri doveri di astensione e regole cautelari, fra le quali rientrano anche taluni divieti di singoli comportamenti attivi», un «carattere relativo»)⁽²⁷⁾, vi è un ulteriore, decisivo argomento da prendere in considerazione e che appare difficilmente superabile.

Nel caso di specie, a ben vedere, manca quella indispensabile relazione di causalità con l'evento che si è verificato, essendo innegabile che comunque la norma del codice deontologico invocata non appare volta a prevenire eventi del tipo di quello in concreto verificatosi (*id est*: morte o meglio anticipazione del momento della morte a seguito di un intervento giudicato quale accanimento terapeutico). Difetterebbe cioè il nesso di rischio tra regola cautelare violata ed evento *hic et nunc*, non essendo la semplice inosservanza della regola cautelare di per sé sufficiente a fondare la responsabilità a titolo di colpa specifica, se non accompagnata dalla contestuale e necessaria verifica che l'evento che si è verificato rappresenti proprio la concretizzazione di quel rischio che la norma violata mirava a prevenire⁽²⁸⁾.

Il divieto di AT e dunque il correlativo obbligo di astenersi a fronte di tali situazio-

Cassazione, cit., p. 255 s., il quale tuttavia constata che «la rinuncia della giurisprudenza ad assumere l'astensione quale contenuto dell'obbligo cautelare non dipende certo da una ponderata predilezione per l'interpretazione più rigorosa del carattere necessariamente modale della regola cautelare» quanto piuttosto da «una spontanea comprensione delle illogiche conseguenze cui si esporrebbe la soluzione alternativa: la quale, sfruttando il dovere di astensione, finirebbe per imputare al medico la verifica del rischio che è intrinseco nella propria attività», senza dimenticare poi che «ove si diffondesse la cultura dell'astensione nel diritto penale della medicina essa finirebbe per privare i pazienti più critici della possibilità di sfruttare le chances terapeutiche a loro disposizione, innescando deprecabili forme di 'scaricamento' alimentate dal timore degli operatori di incappare nell'evento infausto prevedibile ma non dominabile *ex ante*».

⁽²⁴⁾ MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 254.

⁽²⁵⁾ GIUNTA, *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 1297.

⁽²⁶⁾ Per tutti, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2009, p. 553 s. Secondo BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsa-*

bilità medica. Punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, a cura di Bartoli, Firenze University Press, 2010, p. 125, vi sono casi nei quali alcune regole cautelari impongono sì un comportamento di astensione, ma questo «non deve essere confuso con l'astensione dall'esercizio dell'attività, consistendo piuttosto nell'astensione da una particolare modalità: detto diversamente, lo svolgimento di una attività è sempre ammesso, ma il suo esercizio può essere vincolato alla realizzazione di comportamenti positivi di fare (e la colpa consisterà nella loro omissione), come anche negativi di non fare (e la colpa consisterà nella loro realizzazione)».

⁽²⁷⁾ Per tutti, VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Cedam, 2003, p. 18 s.; VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., p. 229 s.

⁽²⁸⁾ Fondamentali, MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Giuffrè, 1965, p. 231 s. e FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, 1990, p. 309 s.; da ultimo, approfonditamente, CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, 2009, p. 135 s.

ni 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 della incolumità personale individuale (sofferenze prolungate per il protrarsi degli interventi chirurgici/terapeutici/diagnostici), ma mai per definizione riconducibili ad una anticipazione dell'evento morte.

In definitiva, può ravvisarsi una finalità nel divieto di accanimento terapeutico addirittura antitetico rispetto al tipo di evento che nel caso di specie si sarebbe dovuto evitare, potendosi ricondurre allo scopo di scongiurare che si prolunghi inutilmente il mero mantenimento in vita; inutilità da valutarsi sia sotto un profilo oggettivo (al metro della scienza medica) che soggettivo (secondo cioè la sensibilità e le percezioni del paziente).

5.4. Del resto, è chiaro che la natura ontologicamente 'rischiosa' dell'attività terapeutica non è priva di conseguenze nel processo di accertamento della eventuale responsabilità colposa del medico, tanto più che i rischi collaterali connessi ad ogni trattamento, sia esso diagnostico o terapeutico, aumentano esponenzialmente rispetto ad interventi più significativi per la salvaguardia della salute del paziente.

Così, anche nella ricostruzione della regola cautelare occorre tener presente quell'area di c.d. 'rischio consentito' (di quel rischio, cioè, la cui eventuale concretizzazione in un evento di danno non può essere ascritta a colpa del medico) rispetto alla quale, ancora una volta, assume decisivo rilievo il contributo del paziente – che assume su di sé il rischio dell'opzione terapeutica⁽²⁹⁾; nella esatta delimitazione dell'obiettivo della terapia (che può coincidere tanto con il prolungamento 'a tutti i costi' della vita quanto con la scelta di non opporsi al naturale decorso della patologia) e nella determinazione della terapia più appropriata dal punto di vista della buona pratica clinica⁽³⁰⁾, in una valutazione comparativa dei costi e dei benefici per la sua salute⁽³¹⁾. Come è stato sottolineato, «non suonerebbe, d'altra parte, implausibile ritenere (...) che la volontaria assunzione di un determinato rischio da parte di un paziente capace e compiutamente informato (...) possa influire sulla valutazione di appropriatezza clinica dell'intervento: nel senso, cioè, che un tale paziente possa lecitamente essere sottoposto ad un rischio, al quale non potrebbe invece essere lecitamente sottoposto un paziente ignaro, o comunque incapace di assumersi volontariamente il rischio in questione (che resterebbe in tal caso "non consentito" e, quindi, illecito)»⁽³²⁾.

⁽²⁹⁾ PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, in questa rivista, 2010, p. 1236.

⁽³⁰⁾ VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. merito*, 2006, p. 971. In giurisprudenza, significativa Sez. IV, 27 marzo 2001, Cicarelli, in *Riv. pen.*, 2002, p. 364, per la quale «deve escludersi che possa addebitarsi al medico chirurgo, a fronte dell'esplicito rifiuto del paziente di sottoporsi, in vista dell'effettuazione di un già concordato intervento chirurgico, ad un determinato tipo di anestesia, ritenuto invece dallo stesso sanitario come il più appropriato, di non aver fatto ricorso a pratiche ipnoanalgesiche

volte a ridurre o ad annullare la capacità di autodeterminazione del paziente stesso, onde sottoporlo egualmente al suddetto tipo di anestesia, preferendo invece – avuto riguardo alla oggettiva necessità e urgenza dell'intervento in questione – effettuare il diverso tipo di anestesia, meno indicato ma non assolutamente sconsigliato, richiesto dal paziente, successivamente deceduto per complicanze ritenute riconducibili all'uso del farmaco impiegato».

⁽³¹⁾ PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, cit., p. 1236.

⁽³²⁾ VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, cit., p.

6. LE IMPLICAZIONI SULLA POSIZIONE DI GARANZIA DEL MEDICO

Il contributo soggettivo alla nozione di accanimento terapeutico (contraddetto dalla sentenza in commento), come anche al concetto di salute, è significativo, oltre che per escludere la violazione di una regola cautelare, anche – ed è questo un ulteriore aspetto di sicuro interesse – della necessità di intendere oggi in diverso modo i contenuti della posizione di garanzia da attribuire al medico, che va arricchita di momenti di doverosità legati all'esigenza di tenere nel debito conto la volontà del paziente.

Per acquisizione ormai condivisa, il consenso rappresenta non solo il necessario presupposto ma anche l'insuperabile limite della posizione di garanzia del medico, di talché un'inequivocabile richiesta del paziente stesso di non essere sottoposto a cure o che vengano interrotte cure già iniziate fa venir meno in capo al medico lo stesso obbligo giuridico di curarlo o di continuare a curarlo (anche a costo della sua morte), venendo a mancare il necessario titolo di legittimazione dell'esecuzione del trattamento⁽³³⁾. Non vi è dubbio che il consenso del paziente rappresenti quell'elemento strutturale decisivo per delineare l'esatto ambito operativo degli obblighi del medico e ne plasma, pertanto, contenuto e specifici limiti, che per loro natura non sono e non possono essere fissi ma in ogni momento mutevoli.

In sostanza, la peculiarità del vincolo paziente/medico ed il ruolo che il consenso del primo dispiega sui doveri e sugli obblighi del secondo, delineano dei vincoli interni, genetici ed insuperabili del rapporto, pronti a palesarsi a fronte di una inequivoca manifestazione di volontà del paziente⁽³⁴⁾. Ed è evidente che il discorso abbraccia tanto ipotesi di rifiuto di cure quanto situazioni riconducibili al caso da cui queste brevi riflessioni hanno preso le mosse: il medico diviene garante non più soltanto della salute del paziente ma anche della sua libertà morale (*rectius*: della sua libertà di cura), che si estende dal diritto di non curarsi *ab origine* o di non essere più curato *in itinere* (anche del paziente che non è in grado di attuare questa libertà da solo) sino a quello di sottoporsi ad un trattamento 'estremo', con ridotte *chances* di riuscita ed altamente rischioso per la vita, al solo scopo di prolungarla, anche di poco. Beninteso, sempre che 'oggettivamente' sussista una pur minima probabilità di conseguire gli scopi terapeutici indicati dal paziente⁽³⁵⁾.

973; VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 1724 s.

⁽³³⁾ Sul punto, VIGANÒ, *I presupposti di liceità del trattamento medico*, in *Corr. merito*, 2009, p. 345 s.; CUPPELLI, *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 1145 s.

⁽³⁴⁾ CUPPELLI, *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, cit., p. 1170.

⁽³⁵⁾ Va peraltro sottolineato come, rispetto ad un'ipotesi quale quella affrontata nella sentenza da cui siamo partiti, assume un rilievo ancor più significativo il dovere del medico di assicurare al paziente la necessaria, corretta e specifica informazione (ulte-

riore rispetto a quella di base prodromica all'acquisizione del consenso iniziale a qualsiasi trattamento medico) circa il decorso e gli effetti connessi all'esecuzione di interventi 'disperati', così da poterne a pieno apprezzare i rischi connessi, nel rispetto del ruolo decisivo che nel processo di 'concretizzazione' della posizione di garanzia assume la capacità di autodeterminazione responsabile del paziente, e per vincere altresì quella fisiologica asimmetria informativa (e di conoscenze scientifiche) tra i due poli dell'alleanza terapeutica.

Il profilo è colto in maniera nitida dalla recente giurisprudenza civile, nel condivisibile sforzo di distinguere il diritto all'autodeterminazione dal diritto alla salute; per tutte, significativamente, Sez.

In questo modo il medico non si trasforma, come pure si potrebbe paventare, in un 'acritico esecutore di volontà sanitarie altrui', ma interpreta sul piano applicativo l'interrelazione di cura con il suo malato, traducendo in concreto ed attuando una manifestazione di volontà finale – espressione di un diritto costituzionalmente garantito –, giunta all'esito di un percorso comune in cui il medico è attore protagonista tanto quanto il paziente. Se di alleanza terapeutica si deve parlare, infatti, occorre prenderla sul serio, facendo in modo che i due soggetti siano realmente alleati verso un obiettivo comune, sul presupposto che oggetto del rapporto non è la malattia ma il paziente⁽³⁶⁾; il che, inevitabilmente, supera la tradizionale prospettiva paternalistica, riempiendo il ruolo (ora decisivo) della volontà del paziente, leggendo l'atto medico non come fine ma quale strumento, il cui obiettivo è la salute del paziente, arricchita – come riconosciuto, pur con alcune oscillazioni ed ambiguità, anche dalle Sezioni unite della Cassazione nella già menzionata sentenza Giulini⁽³⁷⁾ – della sua essenziale componente soggettiva⁽³⁸⁾.

7. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE IN PROSPETTIVA DE IURE CONDENDO. VERSO NUOVI OBBLIGHI DEL MEDICO?

Le considerazioni sin qui svolte circa il contenuto e le implicazioni sui reciproci diritti e doveri di medico e paziente rischiano di essere ridimensionate (se non addirittura vanificate) in caso di approvazione definitiva del testo del disegno di legge, già licenziato dal Senato in prima lettura il 26 marzo 2009 e, con modifiche, dall'Assemblea della Camera il 12 luglio 2011 (ed oggi di nuovo all'esame del Senato), recante "Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento".

Qui, tra i principi generali, si riconosce che «nessun trattamento sanitario può

III civ, 9 febbraio 2010, n. 2847, S.L. e S.G., in *Giur. it.*, 2011, p. 816 s., con nota di CHIARINI, *Il medico (ir)responsabile e il paziente (dis)informato. Note in tema di danno risarcibile per intervento eseguito in difetto di consenso*, ed in *N. giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 783 s., con nota di CACACE, *I danni da (mancato) consenso informato*, ivi, p. 790 s. e di SCACCHI, *La responsabilità del medico per omessa informazione nel caso di corretta esecuzione dell'intervento "non autorizzato"*, ivi, p. 794. Per un quadro riepilogativo della questione e dell'evoluzione giurisprudenziale sul punto, si rinvia a PASQUINO, *Consenso e rifiuto nei trattamenti sanitari: profili risarcitori*, in *La resp. civ.*, 2011, p. 165 s. e GUERRA, *Lo «spazio risarcitorio» per violazione del solo diritto all'autodeterminazione del paziente. Note a margine di un percorso giurisprudenziale*, in *N. giur. civ. comm.*, II, 2010, p. 617 s.

⁽³⁶⁾ SEMINARA, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in *Il governo del corpo*, t. I, a cura di Canestrari-Ferrando-Mazzoni-Rodotà-Zatti, in *Trattato di bio diritto*, diretto da Rodotà-Zatti, Giuffrè, 2011, p. 222; GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni pena-*

listiche, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 378.

⁽³⁷⁾ Sez. un., sent. 18 dicembre 2008, n. 2437, Giulini, cit., p. 1809 s.

⁽³⁸⁾ Sull'evoluzione del concetto di salute, significativamente, ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *N. giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 3 s.; ZATTI, *Rapporto medico-paziente e «integrità» della persona*, ivi, II, 2008, p. 404 s., nonché DURANTE, *Dimensioni della salute: dalla definizione dell'OMS al diritto attuale*, ivi, 2001, II, p. 232 s. e, da ultimo, DURANTE, *La salute come diritto della persona*, in *Il governo del corpo*, t. I, cit., p. 579 s.

Nella giurisprudenza di legittimità, inevitabile il richiamo anche a Sez. I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., p. 35, che assume a fondamento del suo percorso motivazionale «la nuova dimensione che ha assunto la salute, non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza».

essere attivato a prescindere dall'espressione del consenso informato», restando fermo «il principio per cui la salute deve essere tutelata come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività e nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario, se non per disposizione di legge e con i limiti imposti dal rispetto della persona umana» (art. 1, comma 1, lett. e); inoltre, come già si è avuto modo di segnalare, si prevede che «in casi di pazienti in stato di fine vita o in condizione di morte prevista come imminente il medico debba astenersi da trattamenti straordinari non proporzionati rispetto alle condizioni cliniche del paziente o agli obiettivi di cura» (art. 1, comma 1, lett. f).

Orbene, quest'ultima norma richiama nella struttura proprio l'art. 16 del codice di deontologia, riproponendo – oltre alla già segnalata carenza definitoria – tutti i dubbi poc'anzi sollevati circa l'effettiva idoneità a fondare un rimprovero per colpa (specifica): la mancata formulazione in termini modali (sostanzandosi in mero dovere di astensione) e l'assenza di una vera e propria finalizzazione cautelare (quantomeno con riferimento ad ipotesi di anticipazione dell'evento morte a seguito di interventi chirurgici non viziati da 'generiche' violazioni delle *leges artis* dell'attività medica).

Per di più, la norma va inquadrata all'interno del contesto complessivo del disegno di legge, che realizza un sostanziale svilimento del ruolo del consenso del paziente, sino al punto di svuotarlo di significatività. Basti pensare, con riferimento ai pazienti capaci, che da un lato si stabilisce che, «salvo i casi previsti dalla legge, ogni trattamento sanitario è attivato previo consenso esplicito ed attuale del paziente prestatato in modo libero e consapevole» e che questo «può essere sempre revocato, anche parzialmente» (art. 2, commi 1 e 5), e dall'altro si «vieta ai sensi degli artt. 575, 579 e 580 c.p. ogni forma di eutanasia e ogni forma di assistenza o di aiuto al suicidio, considerando l'attività medica e quella di assistenza alle persone esclusivamente finalizzate alla tutela della vita e della salute nonché all'alleviamento della sofferenza» (art. 1, comma 1, lett. c). Con l'effetto, leggendo unitariamente quest'ultimo divieto con la necessità di un «previo consenso esplicito ed attuale del paziente» limitata alla sola attivazione di un trattamento sanitario, che se anche un paziente cosciente e consapevole richiedesse, una volta iniziato, la sospensione di un trattamento salvavita – esercitando la facoltà di revoca del consenso (art. 2, comma 5) –, il medico non potrebbe assecondare queste sue volontà, a fronte del divieto di porre in essere qualunque pratica di "aiuto" a morire, per l'esclusiva finalizzazione dell'attività medica alla tutela della vita.

Tutto ciò rappresenterebbe, come è ovvio, un passo indietro nel percorso di ormai consolidato superamento del paternalismo medico ed uno svuotamento del contenuto essenziale del ruolo del consenso informato, con conseguenze dirimpenti anche sul piano penalistico; si stravolgerebbe l'essenza della posizione di garanzia del medico nei confronti del paziente, ridisegnandone la sfera dei doveri: non più chiamato ad interagire effettivamente con il malato nella valutazione critica di costi e benefici di un percorso terapeutico, ma obbligato *ex lege* a proseguire un trattamento iniziato.

Tale obbligo di azione del medico, allora, potrebbe arrestarsi solo in un caso, ovvero residuale, trasformandosi in obbligo di astensione: per l'appunto proprio quando, «in casi di pazienti in stato di fine vita o in condizione di morte prevista come immi-

nente», non restino che quei «trattamenti straordinari non proporzionati rispetto alle condizioni cliniche del paziente o agli obiettivi di cura» (art.1, comma 1, lett. f).

È indubitabile allora che si possa avanzare già in via preventiva qualche dubbio di compatibilità costituzionale di una siffatta legislazione che, come visto, finirebbe per alterare l'asse fisiologico dei rapporti tra medico e paziente. In particolare, si prospetterebbe una collisione frontale con l'art. 32, comma 2, Cost., il cui contenuto essenziale verrebbe nella sostanza disatteso, annullandosi ogni spazio di rilevanza alla volontà del paziente rispetto alla prosecuzione di una terapia già iniziata ma non più voluta o rispetto all'attivazione di un trattamento che, seppur complesso e dotato di soltanto poche *chances* di successo, appaia tecnicamente fattibile, e soprattutto corrispondente ai bisogni di salute del paziente.