

CJN

Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

La responsabilità penale in ambito sanitario

ISSN 2240-7618

4/2019

EDITOR-IN-CHIEF

Gian Luigi Gatta

EDITORIAL BOARD

Italy: Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli, Francesco Viganò
Spain: Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz, Joan Queralt

Jiménez

Chile: Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto, Fernando Londoño Martínez

MANAGING EDITOR

Carlo Bray

EDITORIAL STAFF

Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Javier Escobar Veas, Stefano Finocchiaro, Elisabetta Pietrocarlo, Tommaso Trinchera, Stefano Zirulia

EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardón, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caveró, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascurain Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Maserà, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, María Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggeri, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús María Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Javier Willenmann von Bernath, Francesco Zacchè

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies ([clicca qui](#) per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

Se desideri proporre una pubblicazione alla nostra rivista, invia una mail a editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali [scaricabili qui](#).

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación. La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación “Progetto giustizia penale”, con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano*, la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile*.

La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.

El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale”, con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.

La Revista se puede citar de forma abreviada con el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.

La Revista asume el [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborado por el COPE (*Comitte on Publication Ethics*).

La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales ([clica aquí](#) para los detalles sobre protección de la privacy y uso de cookies).

Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.

En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.

La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.

La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden [descargar aquí](#)).



Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association “Progetto giustizia penale”, based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal’s abbreviated reference format may be used: *DPC-RT*, indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) ([click here](#) for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication’s minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines ([download here](#)).

<p>LA RESPONSABILITÀ PENALE IN AMBITO SANITARIO</p> <p><i>RESPONSABILIDAD PENAL EN EL SECTOR DE LA SALUD</i></p> <p><i>CRIMINAL LIABILITY IN THE HEALTH SECTOR</i></p>	<p>Il percorso di depenalizzazione dell'errore medico 1</p> <p><i>El camino de la despenalización del error médico</i></p> <p><i>The Path of Decriminalisation of Medical Error</i></p> <p>Gian Marco Caletti</p>
	<p>Un'analisi critica delle SS.UU. "Mariotti" in tema di responsabilità medica 48</p> <p><i>Análisis crítico de la sentencia de la Corte Suprema de Casación en el caso "Mariotti" sobre mala praxis medica</i></p> <p><i>A Critical Analysis of the "Mariotti" Case on Medical Malpractice by the Supreme Court of Cassation</i></p> <p>Emanuele Birritteri</p>
	<p>La punibilità della colpa penale relazionale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco" 65</p> <p><i>La punibilidad de la culpa penal en el ámbito sanitario luego de la reforma "Gelli-Bianco"</i></p> <p><i>Relational Criminal Negligence of Medical Malpractice after the "Gelli-Bianco" Reform</i></p> <p>Matteo Leonida Mattheudakis</p>
	<p>Responsabilità medica: linee guida, formule assolutorie e prerogative del danneggiato da errore medico 81</p> <p><i>Responsabilidad médica: practicas clínicas, fórmulas liberadoras y efectos extra penales</i></p> <p><i>Medical Malpractice: Guidelines, Acquittal Reasons and Prerogatives of the Party Damaged</i></p> <p>Francesco Trapella</p>
	<p>Libertà terapeutica e diritto all'autodeterminazione del malato terminale 93</p> <p><i>Libertad terapéutica y derecho a la autodeterminación del enfermo terminal</i></p> <p><i>Therapeutic Freedom and Right to Self-determination of the Terminally Ill</i></p> <p>Marina Di Lello Finuoli</p>

L'OGGETTO SU...	Espansione del diritto penale e diritti umani	110
OBJETIVO SOBRE...	<i>Expansión del Derecho Penal y Derechos Humanos</i>	
FOCUS ON...	<i>Criminal Law Expansion and Human Rights</i>	
	Eugenio Raúl Zaffaroni	
	Contro il panpopulismo. Una proposta di definizione del populismo penale	128
	<i>Contra el pan-populismo. Una propuesta para la definición del populismo punitivo</i>	
	<i>Against Pan-populism. Defining Penal Populism</i>	
	Roberto Cornelli	
	Corte edu e Corte costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante	143
	<i>Corte Europea de Derechos Humanos y Corte Constitucional entre operaciones de ponderación y precedente vinculante</i>	
	<i>European Court of Human Rights and Constitutional Court Between Balancing and Binding Precedent</i>	
	Alessandro Tesaro	
	Il contrasto in Europa al traffico illecito di rifiuti pericolosi su base transnazionale	176
	<i>Lucha europea contra el tráfico ilícito de residuos peligrosos</i>	
	<i>The Contrast of Illegal Trafficking in Hazardous Waste on a Transnational Basis in Europe</i>	
	Maurizio Bellacosa	
	La confiscación sin condena y sus efectos sobre la persona jurídica en el juicio penal italiano	199
	<i>La confisca senza condanna e i suoi riflessi in capo alla persona giuridica nel processo penale italiano</i>	
	<i>Non-conviction Based Confiscation and Its Effects on the Corporation Within Italian Criminal Proceedings</i>	
	Federica Centorame	
	I delitti di sedizione e ribellione nella sentenza 459/2019 del Tribunal Supremo nel cd. <i>procés de independència catalán</i>	211
	<i>Los delitos de sedición y rebelión en la sentencia 459/2019 del Tribunal Supremo en el así denominado <i>procés de independència catalán</i></i>	
	<i>The Crimes of Seditious and Rebellion in the Judgment 459/2019 by the Spanish Tribunal Supremo in the So-Called Catalan Independence Process</i>	
	Leonardo Romanò	

LA RESPONSABILITÀ PENALE IN AMBITO SANITARIO*

RESPONSABILIDAD PENAL EN EL SECTOR DE LA SALUD

CRIMINAL LIABILITY IN THE HEALTH SECTOR

- 1 **Il percorso di depenalizzazione dell'errore medico**
El camino de la despenalización del error médico
The Path of Decriminalisation of Medical Error
Gian Marco Caletti
- 48 **Un'analisi critica delle SS.UU. "Mariotti" in tema di responsabilità medica**
Análisis crítico de la sentencia de la Corte Suprema de Casación en el caso "Mariotti" sobre mala praxis médica
A Critical Analysis of the "Mariotti" Case on Medical Malpractice by the Supreme Court of Cassation
Emanuele Birritteri
- 65 **La punibilità della colpa penale relazionale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"**
La punibilidad de la culpa penal en el ámbito sanitario luego de la reforma "Gelli-Bianco"
Relational Criminal Negligence of Medical Malpractice after the "Gelli-Bianco" Reform
Matteo Leonida Mattheudakis
- 81 **Responsabilità medica: linee guida, formule assolutorie e prerogative del danneggiato da errore medico**
Responsabilidad médica: practicas clínicas, fórmulas liberadoras y efectos extra penales
Medical Malpractice: Guidelines, Acquittal Reasons and Prerogatives of the Party Damaged
Francesco Trapella
- 93 **Libertà terapeutica e diritto all'autodeterminazione del malato terminale**
Libertad terapéutica y derecho a la autodeterminación del enfermo terminal
Therapeutic Freedom and Right to Self-determination of the Terminally Ill
Marina Di Lello Finuoli

*I contributi pubblicati in questa sezione costituiscono la versione scritta e rielaborata di relazioni svolte dagli Autori al convegno «La responsabilità penale in ambito sanitario», organizzato a Milano, presso l'Università degli Studi di Milano, dall'AIDP (Associazione Internazionale di Diritto Penale), Sezione Giovani, nel gennaio 2019

Libertà terapeutica e diritto all'autodeterminazione del malato terminale

Libertad terapéutica y derecho a la autodeterminación del enfermo terminal

Therapeutic Freedom and Right to Self-determination of the Terminally Ill

MARINA DI LELLO FINUOLI

*Assegnista di ricerca presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore
marina.dilello@unicatt.it*

RESPONSABILITÀ MEDICA

RESPONSABILIDAD MÉDICA

MEDICAL MALPRACTICE

ABSTRACTS

Il lavoro concerne gli interventi normativi in tema di libertà terapeutica e diritto all'autodeterminazione del paziente. Le leggi 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Gelli-Bianco) e 22 dicembre 2017, n. 219 (in tema di consenso informato) sembrano invitare il professionista a selezionare autonomamente l'approccio terapeutico, ad attenersi alle linee-guida ministeriali e ad astenersi – a certe condizioni – dal ricorso a trattamenti oggettivamente inutili o sproporzionati. L'Autrice si interroga sul ruolo della volontà del malato terminale nella scelta della terapia, nonché sulle implicazioni penalistiche che originano dall'interazione, anche conflittuale, tra il diritto all'autodeterminazione e l'autonomia del sanitario nelle decisioni riferibili al miglior interesse di cura del paziente.

El presente trabajo aborda las modificaciones normativas en materia de libertad terapéutica y derecho a la autodeterminación del paciente. Las leyes n. 24, del 8 de marzo de 2017 (denominada Gelli-Bianco), y la n. 219, de 22 de diciembre del mismo año, sobre consentimiento informado, parecieran invitar al profesional de la salud a seleccionar autónomamente la aproximación terapéutica, a respetar las líneas guía ministeriales y a abstenerse, bajo ciertas condiciones, de la práctica de tratamientos objetivamente inútiles o desproporcionados. La Autora se cuestiona sobre el rol de la voluntad del enfermo terminal en la elección de la terapia, así como sobre las implicaciones penales que se originan en la interacción entre el derecho a la autodeterminación y la autonomía del profesional de la salud respecto al mejor tratamiento en la cura del paciente.

The paper focuses on the legal reforms on therapeutic freedom and self-determination of the patient. The laws 8 March 2017, n. 24 (so-called 'Gelli-Bianco Law') and 22 December 2017, n. 219 (on the informed consent) seem to allow a free choice of the medical professional about the therapy, following the Health Ministry guidelines and avoiding – under certain conditions – useless or disproportionate treatments. The Author reflects on the role played by the terminally ill patient in choosing the therapy, as well as the criminal law implications deriving from the interplay, and even the conflict, between self-determination and the autonomy of the medical professional in deciding the best treatment for the patient.

SOMMARIO

1. Libertà terapeutica e diritto all'autodeterminazione al "banco di prova" della terminalità. – 2. Accreditamento delle linee guida e "sicurezza delle cure". – 3. Libertà terapeutica e fase selettiva: adeguatezza delle raccomandazioni. – 4. Il consenso informato nella l. 22 dicembre 2017, n. 219. Il diritto all'autodeterminazione del malato terminale. – 5. Quali implicazioni per il diritto penale? – 5.1. Rifiuto e rinuncia alle cure. – 5.2. Ostinazione "ragionevole". – 5.3. Il diritto di esigere.

1.

Libertà terapeutica e diritto all'autodeterminazione al "banco di prova" della terminalità.

Libertà terapeutica e diritto all'autodeterminazione del paziente sono stati al centro di due recenti interventi normativi, tesi a bilanciarne – per quanto possibile – le complesse interazioni. Dapprima, la l. 8 marzo 2017, n. 24 (l. Gelli-Bianco), nel varare il sistema nazionale di accreditamento delle raccomandazioni e buone pratiche clinico-assistenziali, ha riaperto il dibattito circa l'incidenza delle linee-guida "di Stato" sul libero esercizio dell'arte medica¹. A seguire, la l. 22 dicembre 2017, n. 219, varata a tutela del diritto all'autodeterminazione del malato, ha esaltato il consenso informato quale termine essenziale della relazione di cura².

Le perplessità rispetto alla validazione pubblica delle indicazioni di comportamento clinico sono state in parte dissipate dalle Sezioni unite della Cassazione che, nella decisione sul caso *Mariotti*, hanno ribadito l'incomprimibilità dell'autonomia del sanitario nelle decisioni riferibili al miglior interesse di cura del paziente³.

Permane, tuttavia, una certa ambiguità sul ruolo della volontà del malato nella scelta della terapia, formalmente "condivisa", specialmente nelle situazioni in cui non vi è più "nulla" o "molto" da fare. Il legislatore, nella sostanza, parrebbe invitare il professionista a selezionare autonomamente l'approccio terapeutico, ad *attenersi* alle raccomandazioni ministeriali (art. 5 l. Gelli-Bianco), ad *astenersi* – a certe condizioni – dal ricorso a trattamenti *oggettivamente* inutili o sproporzionati (art. 2, co. 2, l. n. 219 del 2017).

Alcune drammatiche vicende ove i malati, anche incoscienti, versavano in condizioni di totale dipendenza da sostegni artificiali o di grave sofferenza psico-fisica hanno sollecitato in seno alla comunità scientifica una rinnovata riflessione sulle scelte sanitarie che li possono riguardare. La presente Relazione, anche al fine di perimetrare il campo dell'indagine, non conculcherà – se non marginalmente – il c.d. "diritto di morire". Si tratta di un problema difficilmente razionalizzabile, che interroga il giurista non solo, o non già, sul piano tecnico, bensì su quello culturale, ove convivono ispirazioni etiche e convinzioni dalle quali non siamo in grado di affrancarci. Ci concentreremo, invece, su alcune questioni (anch'esse, per la verità, tra le più "sensibili" per il diritto penale) che investono *il diritto all'autodeterminazione nel tratto "terminale" della vita*, ossia nella «condizione non più reversibile con le cure che evolve nella morte del paziente ed è caratterizzata da una progressiva perdita di autonomia, dal manifestarsi di sintomi fisici, come il dolore, e psichici che coinvolgono anche il nucleo familiare e delle relazioni sociali»⁴.

¹ L. 8 marzo 2017, n. 24, recante «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie» (c.d.l. Gelli-Bianco). Sulla legge: BILANCETTI e BILANCETTI (2016); CALETTI e MATTHEUDAKIS (2017); CAPUTO (2017a); CAPUTO (2017b), pp. 344 ss.; CENTONZE e CAPUTO (2016); CUPELLI (2017); D'ALESSANDRO (2017); DE FRANCESCO (2017a); DE FRANCESCO (2017b); GATTA (2017); PIRAS (2017); RISICATO (2017a); RISICATO (2017b); ROIATI (2017).

² L. 22 dicembre 2017, n. 219, recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento». Sul tema si segnala il Focus della *Rivista italiana di medicina legale*, 2018, n. 3. Si leggano altresì: CANESTRARI (2018a); CANESTRARI (2018b); CUPELLI (2018a).

³ Cass. pen., Sez. un., 21 dicembre 2017 - 22 febbraio 2018, *Mariotti*.

⁴ La definizione è tratta dal sito del Ministero della Salute (www.salute.gov.it). Un paziente si considera terminale quando è affetto da una patologia (non necessariamente oncologica) in fase evolutiva e irreversibile. La patologia deve essere definita dai seguenti criteri, contemporaneamente presenti. 1) Criterio terapeutico: assenza o esaurimento dei possibili trattamenti specifici. 2) Criterio sintomatico: presenza di sintomi invalidanti che condizionano una riduzione del *performance status* al di sotto del 50% della *Karnofsky performance status scale*. 3) Criterio evolutivo o temporale: rapida evoluzione della malattia, che porta alla morte in genere entro tre mesi.

2.

Accreditamento delle linee-guida e “sicurezza delle cure”.

Nell'intento di tipizzare un *modello separato* di colpa per i professionisti sanitari rispetto alle fattispecie di omicidio e lesioni personali⁵, la l. n. 24 del 2017 ha introdotto nel codice penale una discussa “causa di non punibilità”⁶, contestualmente abrogando l'art. 3, co. 1, d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (conv. in l. 8 novembre 2012, n. 189, c.d. decreto Balduzzi).

L'attenzione dei penalisti, com'era prevedibile, si è riversata sulla clausola tesa al contenimento della responsabilità dei medici. A ben vedere, però, il “valore aggiunto” della novella si coglie nell'inquadramento dell'art. 590-*sexies* c.p. nel contesto delle norme che lo precedono; in particolare: la “codificazione” delle raccomandazioni di comportamento clinico al cui “rispetto” è condizionata l'operatività dell'articolo.

È noto: l'efficacia salvifica che il decreto Balduzzi intendeva conferire all'osservanza di *guidelines* e protocolli si era rivelata nei fatti incerta, alle volte persino illusoria⁷. La coesistenza di teorie scientifiche confliggenti, il profluvio di documenti varati da organizzazioni, istituzioni pubbliche e strutture sanitarie in competizione aveva minato sin da subito l'efficacia esimente dell'adesione alle acquisizioni scientifiche più diffuse e, con essa, la *fiducia* dei professionisti negli strumenti di codificazione.

Per promuovere la “sicurezza delle cure”, «come *condicio sine qua non* per impostare diagnosi e terapie realmente efficaci»⁸, il legislatore del 2017 si è dunque deciso a regolare l'accreditamento delle raccomandazioni, incanalandole in una procedura di validazione pubblica tesa all'informazione/formazione dei professionisti e alla prevenzione degli errori. *Assicurata* la qualità del servizio, anche il diritto alla salute ne trae giovamento: la legge garantisce agli utenti un'assistenza sanitaria conforme a linee-guida e a buone pratiche di comprovata efficacia e, assieme, prestazioni *libere* dal timore dell'addebito per gli eventi avversi che eventualmente occorrono nell'adattamento delle raccomandazioni.

La riforma, da questo punto di vista, replica alle riserve espresse dalla giurisprudenza e dalla dottrina sul ruolo ambivalente delle *guidelines* nella definizione della responsabilità medica⁹, ed «esprime una scelta di fondo, destinata a segnare il futuro della medicina, “ingabbiandolo” in una dimensione sempre più organizzata e istituzionale»¹⁰: un elenco di enti “abilitati” a elaborare le raccomandazioni; l'integrazione delle stesse in un Sistema nazionale disciplinato dal Ministero della Salute (SNLG); la verifica di conformità della metodologia adottata agli standard definiti dall'Istituto Superiore di Sanità; la pubblicazione e l'aggiornamento biennale sul sito dell'Istituto.

Per quanto perfettibile, il processo di validazione istituzionale delle raccomandazioni merita apprezzamento. Nel contesto, meno favorevole, dei (molti) vincoli posti all'operatività della non punibilità, il legislatore si è premurato di introdurre un importante elemento di certezza: «il medico oggi non dovrà più occuparsi di saggiare la forza della linea guida pubblicata dall'Istituto Superiore di Sanità, dovendo concentrarsi [...] in una valutazione sulla pertinenza della linea guida al caso concreto e in una corretta traduzione esecutiva»¹¹.

Il *merito* della novella non si esaurisce nella promessa di un “beneficio”, *i.e.* non punibilità (vincolata all'occorrenza di certi presupposti) per il sanitario che cagioni eventi lesivi o mortali nell'esercizio dell'attività medica; consiste, piuttosto, nella *messa a disposizione* delle più avanzate indicazioni del sapere scientifico, cui si accompagna la pretesa di adeguamento e, poi, la norma “di favore”. Di più: al medico, perito e aggiornato, che opera nel rispetto delle direttive ufficiali (e, si auspica, nel rispetto delle indicazioni del malato), l'ordinamento offre non solo

⁵ PIERGALLINI (2017).

⁶ Sull'inquadramento dogmatico della clausola, invero discutibile, D'ALESSANDRO (2017), p. 576: «Non è chiaro l'inquadramento dogmatico di tale esenzione da pena: pur incidendo sulla colpa, essa non sembra presentare i tratti caratteristici di una scusante e pare perciò da ricondurre più propriamente a una limitazione del tipo dell'illecito colposo, che viene amputato di uno dei profili di rimproverabilità soggettiva che potrebbero descriverlo (*i.e.*: l'imperizia); meno convincente, ma pur sempre plausibile, sembra invece la qualificazione come causa di non punibilità in senso stretto, rispetto alla quale, se può essere facilmente colta la retrostante valutazione di opportunità politico-criminale che la sorreggerebbe, non persuade la persistente sopravvivenza di un giudizio di intrinseca illiceità del fatto che essa postula e che, nella prospettiva del legislatore, sembra invece essere del tutto superato». Sulla natura della norma quale causa di esclusione del tipo, CAPUTO (2017b), pp. 411 ss., in particolare in tema di formule di proscioglimento.

⁷ Sul tema, CAPUTO (2012); DI LANDRO (2012); ROTOLO (2013).

⁸ CAPUTO (2017b), p. 360.

⁹ RISICATO (2017b); p. 1519.

¹⁰ CAPUTO (2017b), pp. 365-366.

¹¹ CAPUTO (2017b), p. 253. Cfr. anche DE FRANCESCO (2017a), p. 3.

una norma di salvaguardia, ma l'impegno alla codeterminazione delle raccomandazioni con le società scientifiche¹².

È vero, non tutte le preoccupazioni espresse dalla scienza esperta possono dirsi dissipate, in specie quelle legate al pericolo di riemersione di atteggiamenti difensivistici¹³, alla circolazione di indicazioni orientate al mero contenimento delle spesa sanitaria o alla sponsorizzazione delle case farmaceutiche¹⁴. D'ora in avanti, in ogni caso, spetterà al SNLG, anche tenendo conto delle esigenze economico-organizzative del Servizio Sanitario Nazionale, il compito di espungere istruzioni «ciniche e pigre», che subordinino l'interesse dei malati – soprattutto quelli terminali – agli obiettivi di *spending review*. Il professionista, da parte sua, non potrà abbandonarsi acriticamente alle indicazioni di matrice istituzionale; la pubblicazione di una raccomandazione non la rende, per ciò solo, “adeguata” alla infinita varietà dei casi che possono porsi alla sua attenzione.

Sul punto, come è noto, si sono espresse le Sezioni unite della Cassazione. Chiamate a pronunciarsi sull'ambito applicativo della non punibilità, le Sezioni unite hanno vincolato l'operatività della clausola a tre importanti *limitazioni*: 1) l'art. 590-*sexies* c.p. non concerne l'errore connotato da colpa, *anche lieve*, derivante da negligenza e imprudenza; 2) lo «speciale abbuono» non può essere invocato neanche nei casi che non risultino governati da *guidelines* e buone pratiche, né nei casi di colpa per imperizia, *anche lieve*, nella *selezione* delle raccomandazioni, che risulteranno, perciò, *inadeguate*; 3) l'evento lesivo occorso nell'esecuzione delle raccomandazioni adeguate non deve essersi verificato per colpa *grave*.

La decisione, per certi versi criticabile¹⁵, pare in ogni caso coerente con gli obiettivi perseguiti dal legislatore del 2017: che il sanitario fosse “preparato” sulle *leges artis*, “impeccabile” nelle diagnosi, “aggiornato” alle nuove acquisizioni scientifiche e alle raccomandazioni validate a mezzo della procedura pubblicistica. Il professionista che rispetti i vincoli (non pochi!) posti dalla norma, che si mostri capace di fare scelte *ex ante* adeguate e di personalizzarle in relazione alle evoluzioni del quadro clinico che gli si presentino, ma, ciononostante, cagioni un evento lesivo o mortale per un errore nella esecuzione dell'atto medico, potrà – a certe condizioni – non essere punito.

Preme sottolineare, però, come nel nuovo contesto della l. Gelli-Bianco (più organizzato, controllato, sicuro) l'adeguatezza delle raccomandazioni sembri correlata a parametri oggettivi, fissi, non suscettivi di modulazione da parte del paziente; al contrario, la l. n. 219 del 2017 associa il diritto all'autodeterminazione alla *personalizzazione dei trattamenti*. Non si comprende, in altri termini, *se e in che misura*: i) il professionista possa rivendicare l'“adeguatezza” alle “specificità” dei *desiderata* del paziente; ii) il malato abbia il *diritto di esigere* un “adeguamento” inusuale delle indicazioni ufficiali.

3. Libertà terapeutica e fase selettiva: adeguatezza delle raccomandazioni.

Come si diceva, tra i presupposti operativi dell'art. 590-*sexies* c.p. vi è quello per cui l'errore da imperizia non si realizzi nella fase di *selezione* della linea-guida da seguire. Nell'impostazione della l. Gelli-Bianco, la serietà dell'*alleanza* Stato-medico-paziente è corroborata dalla positivizzazione delle condotte doverose, alle quali i professionisti sanitari potranno d'ora in avanti guardare con *fiducia*. Le Sezioni unite *Mariotti*, tuttavia, non mancano di illustrarne alcune “controindicazioni”.

La Corte afferma, anzi tutto, che «non si tratta di veri e propri precetti cautelari, capaci di generare allo stato attuale della normativa, in caso di violazione rimproverabile, colpa specifica,

¹² La legge adotta un approccio fortemente “collaborativo” e *affida* alla *partnership* tra pubblico e privato l'allestimento condiviso di un sistema di *compliance* più “sicuro”. Sull'allestimento di un sistema di accreditamento delle cautele per la prevenzione degli illeciti *ex d.lgs. n. 231 del 2001*, si legga CENTONZE (2017), p. 979.

¹³ Sul problema della medicina difensiva, FORTI - CATINO - D'ALESSANDRO - MAZZUCATO - VARRASO (2010); MANNA (2014); PALAZZO (2009); BARTOLI (2011); D'ALESSANDRO (2014).

¹⁴ Sull'opportunità di distinguere regole cautelari e linee-guida di tipo economico, FORTI (2015), p. 741. Esprime viva preoccupazione per il potenziale ingresso di considerazioni economiche nell'*iter* di validazione delle linee-guida EUSEBI (2018b), p. 784.

¹⁵ Tra i commenti alla sentenza, AMATO (2018); CUPELLI (2018b); BRUSCO (2018); CALETTI e MATTHEUDAKIS (2018); CAPUTO (2018); RISCATO (2018).

data la necessaria elasticità del loro adattamento al caso concreto»¹⁶. In secondo luogo, la validazione delle regole volte a prevenire gli eventi di cui agli artt. 589 e 590 c.p. da parte dell'Istituto Superiore di Sanità non è condizione *né necessaria né sufficiente* a etichettare la linea-guida come adeguata. Come recita lo stesso art. 590-*sexies* c.p., la valutazione del giudice andrà condotta su casi *concreti*, rispetto alla varietà dei quali la “bolla” ministeriale non può preventivamente esprimersi. Il Collegio, sul punto, ribadisce con fermezza il «dovere... di discostarsene», laddove non risultino adeguate al quadro clinico del malato e alla sua evoluzione¹⁷.

La precisazione smentisce la paventata istituzione di una “Medicina di Stato”¹⁸ o il congegno di meccanismi “premiali” di atteggiamenti opportunistici (*rectius*: difensivistici). Come già sostenuto in dottrina, la linea-guida astrattamente adatta alla cura del quadro clinico di riferimento potrà e *dovrà* essere disattesa in favore di approcci terapeutici diversi da quelli ordinariamente raccomandati: «il primato della persona umana impone al medico di perseguire l'interesse di cura sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, anche di tipo sperimentale, individuando di volta in volta, con il consenso del curato, la terapia ritenuta più idonea ad assicurare la tutela della salute del singolo paziente, senza che il potere politico possa ingerirsi nella valutazione di scelte che rimangono di esclusiva spettanza del medico»¹⁹.

Per la conferma di tali conclusioni si dovrà attendere l'*adattamento* della prassi giudiziaria, anche rispetto all'inquadramento della prospettiva del giudizio di adeguatezza (*ex ante*:²⁰). Resta, in ogni caso, commendevole l'opera di specificazione della Corte, che “condanna” la paralisi delle iniziative del medico e il (colpevole) appiattimento acritico alle indicazioni ministeriali; atteggiamenti contrari allo spirito della novella, che, nelle intenzioni, mirava ad assicurare *riconoscimento*, dignità e autonomia dell'attività medico-chirurgica²¹, soprattutto nella fase di adeguamento delle scelte terapeutiche in contesti altamente rischiosi.

4. Il consenso informato nella l. 22 dicembre 2017, n. 219. Il diritto all'autodeterminazione del malato terminale.

L'art. 5 l. Gelli-Bianco, nello stabilire che gli esercenti le professioni sanitarie «*si attengono [...] alle raccomandazioni previste dalle linee guida*» pubblicate secondo il procedimento di cui si è detto ovvero, «*in mancanza delle suddette raccomandazioni, [...] alle buone pratiche clinico-assistenziali*», fa «*salve le specificità del caso concreto*», senza menzione alcuna del consenso informato del paziente. L'omissione non va intesa nel senso di un ritorno al paternalismo dell'era pre-Massimo²², dovendosi piuttosto considerare sottintesa la previa espressione del consenso allorquando ci si trovi nella fase di cui l'art. 5 si occupa, e cioè «*nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie*» che perseguono «*finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale*».

L'articolo, in ogni caso, non esplicita – né vieta... – che l'eventuale scostamento dalle raccomandazioni possa corrispondere alle indicazioni del malato terminale cosciente il quale, a prescindere dalle *oggettive* specificità del caso, voglia optare per soluzioni terapeutiche differenti da quelle suggerite dall'Istituto Superiore di Sanità; per esempio, trattamenti sperimentali o interventi chirurgici rischiosi che, per quanto impegnativi, potrebbero conseguire un risultato altrimenti insperato; o, al contrario, approcci meno invasivi o comunque preferiti perché più adatti alle condizioni di vita che la persona interessata intende conservare.

Il discorso, per questa via, si sposta sulla rilevanza del principio di autodeterminazione. A pochi mesi dal varo della l. Gelli-Bianco, «*il consenso libero e informato della persona interessata*»

¹⁶ Cass. pen., Sez. un., 21 dicembre 2017 - 22 febbraio 2018, *Mariotti*.

¹⁷ Cass. pen., Sez. un., 21 dicembre 2017 - 22 febbraio 2018, *Mariotti*.

¹⁸ PIRAS (2017), p. 271.

¹⁹ CAPUTO (2017b), p. 259.

²⁰ Come per l'art. 3 d. Balduzzi, anche per l'art. 590-*sexies* c.p. la valutazione del giudice circa la rispondenza della condotta del sanitario alle raccomandazioni veicolate da linee guida adeguate andrà condotta secondo una prospettiva *ex ante*, tenendo conto della evoluzione del quadro clinico del paziente; anche se, come è stato evidenziato, la generalizzata punibilità dell'errore diagnostico, che deriva dalla scelta di una linea guida inevitabilmente inadeguata, pare il portato di un vaglio *ex post* sulla congruenza della raccomandazione clinica alle specificità del quadro morboso. In tal senso, DE FRANCESCO (2017b), p. 1529; RISICATO (2017b), p. 1522.

²¹ FORTI (2015).

²² Cass. pen., Sez. V, n. 5639 del 1992, *Massimo*.

è stato riconosciuto quale fondamento della «*relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico*» a opera della l. n. 219 del 2017, «un provvedimento, lungamente atteso, che segna, anche nella prospettiva penalistica, una tappa rilevante nel cammino di valorizzazione della libertà di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche»²³. Superato l'inquadramento, invero riduttivo, nelle scriminanti, il consenso è stato restituito al “nucleo irriducibile” del diritto alla salute²⁴, quale ambito inviolabile della dignità umana e, dunque, alle garanzie degli artt. 2, 13 e 32 Cost.

Apprezzata positivamente dai commentatori²⁵, anche per il significato semantico-valoriale delle disposizioni²⁶, la l. n. 219 del 2017 ha assegnato all'autodeterminazione del malato la massima ampiezza possibile, almeno rispetto al diritto di *rifutare* trattamenti medici, sospendere le cure e, dunque, “lasciarsi morire”, diritto da esercitarsi pure tramite le disposizioni anticipate di trattamento (DAT).

Tornando al nostro tema, la l. n. 219 del 2017 solleva diversi interrogativi sull'effettiva portata del diritto all'autodeterminazione dei pazienti per i quali non vi sia possibilità di ripresa. Si considerino, anzi tutto, gli artt. 1, co. 6 (“Consenso informato”) e 2, co. 2 (“Terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità nella fase finale della vita”):

Art. 1, co. 6. 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. 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.

Art. 2, co. 2. 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. 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.

Il primo ribadisce, da una parte, l'obbligo del sanitario di rispettare il diritto del paziente a rifiutare le cure ovvero a rinunciare ai trattamenti sanitari in corso; dall'altra parte, esclude che, in nome del principio di autodeterminazione, il malato possa esigere trattamenti contrari alle norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali: «*a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali*» (art. 1, co. 6).

Il secondo articolo concerne «*i casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte*», rispetto ai quali «*il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati*», consentendo ora espressamente il ricorso «*alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente*» (art. 2, co. 2).

Le indicazioni, lette congiuntamente, non sono facilmente interpretabili, a meno che non si definiscano preliminarmente la “contrarietà alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali” rispetto alla inesigibilità della prestazione, e la “ostinazione irragionevole”, i trattamenti “inutili” e “sproporzionati” rispetto al dovere di astensione; in altri termini, la legge revoca in dubbio il vincolo del professionista alla volontà del malato: *i)* nella fase di selezione dell'approccio terapeutico; *ii)* nel momento valutativo sulla “utilità” o “proporzione”; *iii)* nella decisione sulla “ragionevolezza” del trattamento²⁷.

L'altra espressione dal significato incerto è «*casi di paziente con prognosi infausta a breve termine*», distinti dai casi di «*imminenza di morte*». Come si è detto nel § 1, si considera terminale

²³ CUPELLI (2018a).

²⁴ C. Cost. n. 252 del 2001.

²⁵ CANESTRARI (2017), pp. 975 ss.

²⁶ CACACE (2018), p. 936; CASONATO (2018), p. 949; PALAVERA (2019).

²⁷ «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». Così CUPELLI (2011). Nello stesso senso, EUSEBI (2018a), p. 134: «Si consideri, per esempio, l'art. 2 § 2, con riguardo all'interpretazione del concetto di «prognosi infausta a breve termine» (che si aggiunge a quello, non equivocabile, della «imminenza di morte»): prognosi in costanza della quale, secondo la legge, il medico «*deve astenersi*» (qui senza menzione del consenso) da trattamenti (inutili o) *sproporzionati*; il che esige di rammentare come il giudizio, trasparente e motivato, sulla sproporzione non possa non coinvolgere, comunque, l'avviso del paziente».

il malato che si trovi in una condizione non più reversibile con le cure e destinata a evolvere rapidamente nel decesso. Alla “terminalità” paiono dunque riconducibili, in astratto, situazioni patologiche le più varie, specie se diagnosticate nella fase dell’invecchiamento; la nozione, peraltro, appare “imprecisa” sul piano della delimitazione temporale, inadatta a fondare un *dovere di astensione* del professionista, quest’ultimo per vero riferito ai – non meglio definiti – trattamenti “inutili o sproporzionati” e alla “ostinazione irragionevole”²⁸.

Nell’insieme, la terminologia riecheggia le norme dettate in materia di accanimento terapeutico (AT), anzi tutto, l’art. 16 del Codice deontologico medico, “Accanimento diagnostico-terapeutico”:

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.

A una prima impressione, la definizione si sofferma «sul dato oggettivo, consentendo in tal modo ai singoli medici di individuare autonomamente comportamenti che, configurandosi come AT, siano da evitare»²⁹. A noi sembra, invece, che la formula dell’art. 16 – che nella precedente versione non conteneva alcun riferimento alla «volontà del paziente» – apra il giudizio sulla sopportabilità dei trattamenti e sugli obiettivi di miglioramento al parere della persona interessata.

Posta, dunque, l’«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», resta da chiarire «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»³⁰.

Costituisce un dato ormai acquisito che il concetto di “salute”, cui si riferisce anche il Codice deontologico, quale diritto fondamentale dell’individuo, non sia più riducibile alla mera assenza di malattia, ma vada inteso quale stato di benessere psico-fisico, una condizione generale coinvolgente l’autonomia della persona, la qualità delle relazioni sociali, l’aspirazione a una vita dignitosa³¹. Se, dunque, la legge 219 intende garantire «tutela» effettiva «alla vita, alla salute, alla dignità e all’autodeterminazione della persona» quali autentici “diritti” (art. 1), l’“utilità e la “proporzione” dei trattamenti, così come il “beneficio” e il “miglioramento” della salute, non potranno essere ricostruiti prescindendo dall’ascolto del paziente poiché, come sa ogni persona che abbia avuto esperienza diretta o indiretta di malattie inarrestabili e/o progressivamente invalidanti, «lo stesso trattamento può essere ritenuto appropriato da un individuo e inappropriato da un altro»³².

Ciò è tanto più valido per i malati terminali e i pazienti anziani, affetti da patologie che impongono spesso al medico il ricorso a soluzioni differenti da quelle della *Evidence-Based Medicine*³³. Nei casi in cui la scienza non può curare la patologia, l’alleanza (anche questa, terapeutica) tra medico e paziente non concerne il “buon esito” della guarigione³⁴, ma l’impegno al conseguimento di ogni possibile «beneficio per la salute del malato» e la conservazione della migliore qualità esistenziale possibile.

Le ricerche sul trattamento dei malati terminali e degli anziani colpiti da malattie ad avan-

²⁸ Attenzione: una definizione legislativa delle condizioni terminali rischia di favorire una “cultura dello scarto” per i malati che vi rientrano. Sul tema, DONINI (2016), p. 577: «La delimitazione rigorosa dei presupposti deve impedire che si crei una cultura dell’inutilità dell’essere umano in condizioni terminali o di sofferenza estrema o d’impossibilità permanente di una vita normale, impedendo altresì lo sviluppo d’indirizzi che legittimino l’aumento di disattenzione terapeutica in caso di malattie terminali o anche solo sicuramente mortali».

²⁹ CUPELLI (2011): «Ciò che preme evidenziare è il duplice rischio 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); dall’altro, quello di far riemergere istanze paternalistiche nella relazione terapeutica, rimettendo al solo medico la scelta non solo del come ma anche del se e del quando effettuare un determinato trattamento».

³⁰ CUPELLI (2011).

³¹ Cfr. Costituzione dell’Organizzazione Mondiale della Sanità: «Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity». In tema, LEONARDI (2010), pp. 11 ss.; MICCICHÈ (2018), pp. 351-354; CACACE (2016), p. 112.

³² CUPELLI (2011).

³³ Cfr. il *Manuale di competenze in geriatria* della Società italiana di Gerontologia e Geriatria (sul sito www.sigg.it). In particolare, *Item 16*, che «identifica accuratamente le situazioni cliniche nelle quali la speranza di vita, lo stato funzionale (eventuale disabilità), le preferenze o volontà del malato anziano e gli obiettivi delle cure prevalgono come criterio da seguire nelle decisioni da prendere sulle raccomandazioni e le linee guida tradizionali (medicina basata sulle evidenze-EBM)».

³⁴ Sul tema, GAWANDE (2014).

zamento progressivo avvisano il professionista delle difficoltà che si incontrano nell'assunzione di un ruolo nuovo e diverso da quello tradizionale. Neanche il Sistema Sanitario, alle volte, si rivela preparato, né sul piano strutturale, né su quello della formazione professionale. Le questioni dell'insufficienza delle risorse economiche destinate all'assistenza di persone anziane e malati terminali (finanziamenti per la specializzazione in geriatria, strutture di accoglienza, sostegno domiciliare, aiuti per l'acquisto di farmaci, ecc.) e quello della *disponibilità* di medici e familiari a dedicare *tempo e cure* a questi particolari pazienti sono strettamente legate. La medicina ha migliorato le aspettative di vita, ma non sa fronteggiare l'invecchiamento della popolazione.

In tale contesto, il lavoro del medico dovrebbe essere apprezzato (anche in termini di destinazione delle risorse) non solo quando concerne la "scoperta" di nuove cure contro malattie terribili, ma anche quando è indirizzato alla conservazione delle funzioni che si perdono con l'avanzare dell'età, le stesse grazie alle quali ci manteniamo indipendenti. Il medico che non può trovare un "rimedio" è chiamato a *dialogare* con la persona assistita per comprenderne le priorità, affinché il tempo che resta sia "degno di essere vissuto"³⁵. Non potrà imporre una rincorsa all'allungamento dell'esistenza né, se il paziente lo richiede, potrà lasciare *nulla* di intentato.

«Certo, da altra parte, nemmeno può ritenersi che la volontà del paziente (anche se espressa 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"»³⁶. Il tema, allora, riguarda le ipotesi in cui la volontà del paziente diverge dalle indicazioni ufficiali di matrice pubblica validate dall'Istituto Superiore di Sanità e/o dalla valutazione del professionista circa l'utilità e la proporzione del trattamento, sì da poter rientrare negli spazi nei quali la legge prospetta al medico un dovere di astensione (art. 2, co. 2) o lo rassicura circa l'inesistenza di obblighi professionali (art. 1, co. 6).

5. Quali implicazioni per il diritto penale?

5.1. Rifiuto e rinuncia alle cure.

Chiarita l'impossibilità di pretermettere, nel giudizio sulla "utilità" e "proporzione" delle terapie o sulla "ragionevolezza" della ostinazione, la volontà del malato, le specificità biografiche, la narrazione di bisogni e aspettative in termini di "beneficio per la salute e qualità della vita", si proverà a rispondere all'interrogativo circa le implicazioni penalistiche che originano dall'interazione, anche conflittuale, tra diritto all'autodeterminazione e libertà terapeutica.

Lo scenario meno problematico, per il quale la l. n. 219 del 2017 dispone anche in tema di responsabilità penale, è quello in cui il paziente *rifiuta* le cure ovvero *rinuncia* a proseguire i trattamenti sanitari, comprese nutrizione e alimentazione artificiali. L'art. 1, co. 5, in questo senso, riconosce la massima estensione possibile al diritto al *rifiuto* di accertamenti e trattamenti e alla *revoca* del consenso.

La norma è fortemente orientata alla "protezione" del paziente dai trattamenti sanitari non voluti; «un'estrinsecazione in chiave "negativa"»³⁷ del consenso che, forse, restituisce «della medicina l'immagine di un'attività proclive ad agire, almeno dopo certe fasi del suo intervento, contro il malato e dalla quale ci si dovrebbe difendere facendo valere il diritto di morire»³⁸. L'articolo, per la verità, tutela altresì il professionista, minimizzando il rischio penale al quale era esposto nei casi di trattamenti sanitari difformi o, nella prospettiva opposta, di interruzione "attiva" delle cure: la volontà del singolo di rifiutare/rinunciare ai trattamenti, preceduta da una informazione completa e corretta (art. 1, co. 3) e inserita ("nero su bianco") nella cartella clinica, *fonda* per il medico un autentico dovere di rispetto, cui segue l'esenzione da responsabilità civile e penale (art. 1, co. 6).

³⁵ NUSSBAUM (2002), p. 71.

³⁶ CUPELLI (2011).

³⁷ CANESTRARI (2018b), p. 7.

³⁸ Così EUSEBI (2012), p. 870.

La “promessa” della esenzione della responsabilità non è «superflua», poiché sancisce «in modo inequivoco la liceità e la legittimità della condotta attiva del medico – necessaria per dare attuazione al diritto del paziente di rinunciare al proseguimento di un trattamento sanitario – soprattutto al fine di garantire un definitivo consolidamento delle radici costituzionali del principio del consenso/rifiuto informato nella relazione medico-paziente»³⁹. La legge, peraltro, esalta *assistenza*, dialogo e condivisione, espressamente prevedendo che il «tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura» (art. 1, co. 8)⁴⁰. L’asimmetria tra i principali protagonisti della relazione terapeutica pare, dunque, attenuata, quantomeno rispetto all’ipotesi di cui discutiamo, intensamente caratterizzata dall’*accordo* sulla soluzione, il *confronto* sulle alternative, il *coinvolgimento* dei familiari. La dialettica, d’altra parte, potrà concernere le conseguenze legali delle scelte condivise, affinché il malato non tema, nel consenso iniziale a un trattamento salva-vita, di poter essere irrimediabilmente vincolato, insieme al medico, alla terapia, così favorendo l’attivazione delle cure, fidando nella libertà del sanitario (anche dalla pena).

5.2. *Ostinazione “ragionevole”.*

Sempre nella prospettiva dell’*accordo*, sorge l’interrogativo sulla responsabilità penale del sanitario che si “ostini” nella prosecuzione delle terapie, nella ricerca di nuove soluzioni, magari non convenzionali, allo scopo primario di allungare la vita della persona assistita, magari di salvarla. Ai dubbi sull’incidenza delle direttive “statali” sulla libertà terapeutica, dottrina e giurisprudenza hanno risposto segnalando il dovere del professionista di valorizzare sempre e comunque le specificità del caso concreto, discostandosi da *guidelines* inadeguate. Quando, invece, la deviazione non risponda a esigenze oggettive, ma alla richiesta del malato terminale di tentare *il tutto per tutto*, fino a che punto può spingersi la libertà del terapeuta?

Un dato è certo: la volontà dell’assistito non può “autorizzare” qualsiasi terapia. Come meglio si vedrà in merito ai trattamenti che il malato *non ha diritto di esigere* e che il professionista *può rifiutare*, il consenso del paziente a sottoporsi a un trattamento “*costi quel che costi*” non vale da solo a escludere la rilevanza penale del fatto, neanche nei «*casi di paziente con prognosi infausta a breve termine*», allorquando all’omessa attivazione non potrebbe riconoscersi alcuna incidenza causale sull’avverarsi della morte. Il professionista che decida di sottoporre il malato a trattamenti illeciti, non supportati da evidenze scientifiche, inadeguati al quadro diagnostico e, dunque, alle specificità del caso concreto, viola le *leges artis* ed espone il paziente a pericoli, danni e sofferenze per i quali subirà la reazione sanzionatoria.

Allo stesso tempo, pare scorretto affermare «che l’effettuazione di una terapia non proporzionata sia da ritenersi sempre proibita»⁴¹. Le determinazioni del malato assumono rilevanza nel giudizio sulla “utilità” e “proporzione” delle cure (art. 2, co. 2, l. n. 219 del 2017), nonché sul “beneficio” per la salute e la qualità della vita (art. 16 Codice deontologico). Se, dunque, il consenso informato non può autorizzare “tutto”, può comunque autorizzare “qualcosa” *di più* o *di diverso* dai trattamenti tradizionali, *nei limiti* della libertà scientifica (art. 33 Cost.) e dello sviluppo della ricerca (art. 9 Cost.) che persegua il progresso della medicina, la cura delle patologie e il miglioramento delle condizioni esistenziali dell’essere umano. Ci riferiamo – è bene ribadirlo – a trattamenti leciti, la cui efficacia sia supportata da dati scientifici e che, tuttavia, non possano (ancora) fregiarsi del marchio di conformità ministeriale o non siano espressamente dettati per il quadro morboso del malato. Due esempi per tutti: sperimentazione clinica e impiego di farmaci *off label*.

Ciò che il consenso può autorizzare è il trattamento conforme alla *lex artis*, l’inclusione in una sperimentazione il cui protocollo sia stato approvato dal Comitato etico, la prescrizione *off label* di un farmaco il cui impiego sia noto e conforme a studi scientifici internazionali. Solo quando il paziente chieda trattamenti coerenti col proprio quadro clinico – tesi «alla salvaguardia di esigenze terapeutiche oggettivamente riscontrabili, pur se soggette alle percezioni e alle riletture individuali»⁴² – e sempre che siano rispettate le raccomandazioni *di legge* per

³⁹ CANESTRARI (2018b), pp. 10-11.

⁴⁰ In argomento, IAGNEMMA (2019).

⁴¹ EUSEBI (2014).

⁴² MICCICHÈ (2018), p. 377.

l'esecuzione del trattamento, la *speranza*, anche remota, di contrastare lo stato patologico o di allontanare il momento del decesso *assume dimensione terapeutica* e il professionista è autorizzato ad agire. Di più: nel caso di errore di adattamento (per imperizia lieve), il medico che dimostri di aver rispettato le raccomandazioni contenute nelle linee-guida o le buone pratiche che governano la sperimentazione o la prescrizione del farmaco *off label* potrà invocare la non punibilità di cui all'art. 590-*sexies* c.p.

Del pari, e sempre che si resti nell'ambito del *rischio consentito* (i.e. della "ragionevolezza" della ostinazione), è nostra opinione che non si possa neanche contestare la violazione delle norme in materia di accanimento terapeutico e di utilità/proporzione dei trattamenti. Queste ultime non possiedono natura cautelare rispetto all'evento morte o lesioni; mirano, invece, alla tutela del malato dal medico che, senza il suo consenso, o senza informarlo correttamente sulla gravosità delle cure e sull'assenza di qualunque beneficio attendibile, persegua fini estranei al primario interesse del paziente.

Nell'alveo della responsabilità del medico residuano, invece, le ipotesi di errore nella *selezione* dell'approccio terapeutico, ossia le ipotesi in cui il professionista abbia valutato erroneamente le condizioni di salute del paziente, sottoponendolo a una terapia sperimentale o all'uso di un farmaco inadatti alla gestione della patologia. In simili casi, riemerge la responsabilità del sanitario per non essersi dimostrato aggiornato alle indicazioni di comportamento clinico validate dall'Istituto Superiore di Sanità o comunque circolanti nella comunità scientifica.

Per l'errore di adattamento, in ogni caso, il professionista potrà far valere la speciale difficoltà della prestazione, appellandosi all'art. 2236 c.c. quale principio «di equità solidale», e che poggia su un dato di realtà apprezzabile da chiunque: più complesso è il contesto operativo, più occorre fare appello alla cautela, meno esigibile diventa la prestazione perfetta⁴³. Nel contesto sperimentale, ove il medico intraprende interventi non routinari, non ancora studiati a sufficienza, neanche rispetto ai metodi da adottare, l'operatività dell'art. 2236 c.c. pare più che appropriata; sempre che la condotta del medico che sottoponga il paziente consenziente alla cura sperimentale non rilevi in termini di imprudenza.

5.3.

Il diritto di esigere.

Del tutto diverso lo scenario in cui medico e paziente terminale siano in *disaccordo* sull'esperimento delle cure o il ricorso a trattamenti inusuali. Recuperando le norme cui si accennava all'inizio, l'art. 1, co. 6, l. n. 219 del 2017 (seconda parte) dispone:

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.

L'articolo «tutela un incompressibile ambito di autonomia professionale del medico, sul quale non può pesare un obbligo di rispetto incondizionato di ogni e qualsiasi richiesta del malato»⁴⁴. Nel delicato bilanciamento con l'autodeterminazione del paziente, la libertà terapeutica non può mai soccombere del tutto, tanto meno di fronte alla pretesa di accedere a espedienti illegali (eutanasia attiva), privi di riscontri scientifici (caso Stamina) o estranei alla scienza medica (riti magici). La disposizione di cui all'art. 1, co. 6, bene esplicita tale esigenza, limita la posizione di garanzia del medico all'intervento sanitario legittimo e sgombra il campo da ogni possibile «frintendimento sulla esistenza di presunti diritti del paziente di esigere «trattamenti» privi di evidenze che ne comprovino l'efficacia»⁴⁵; anche in ossequio all'indicazione deontologica per cui il professionista «non acconsente alla richiesta di una prescrizione da parte dell'assistito al solo scopo di compiacerlo» (art. 13).

La previsione si rivela quanto mai opportuna nel contesto socio-culturale contemporaneo, ove il ricorso alla «medicina fai-da-te» o «pseudomedicina»⁴⁶, l'accesso incontrollato a fonti virtuali inattendibili, la propagazione della scienza-spazzatura e delle teorie di «complotto»

⁴³ CAPUTO (2017b), p. 317.

⁴⁴ CASONATO (2018), p. 956.

⁴⁵ CANESTRARI (2018b), p. 11.

⁴⁶ L'espressione è di HELLMUTH - RABINOVICI - MILLER (2019).

farmaceutico” (*in primis*, “no-vax”) hanno alimentato il disprezzo per la preparazione e l’esperienza professionale⁴⁷.

Preme in ogni caso intendersi sul significato di trattamenti sanitari “contrari alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali”, poiché i pazienti terminali, come si è detto, talvolta richiedono al sanitario lo scostamento dalle acquisizioni della *Evidence-Based Medicine* e/o l’accesso a terapie sperimentali, per conservare autonomia e dignità nell’ultimo tratto dell’esistenza o per conseguire nuove e insperate *chances* di salvezza. La scelta finale tra le opzioni disponibili non è di natura tecnica, ma morale, e appartiene al malato⁴⁸; ma quali sono i trattamenti che (per legge) *il malato non può esigere* e rispetto ai quali non grava sul medico alcun obbligo professionale?

Il riferimento alla “deontologia professionale” è stato interpretato, in un primo momento, come comprensivo della c.d. clausola di coscienza⁴⁹. La disposizione, in altri termini, legittimerebbe il medico obiettore a rifiutare, anche nel contesto della l. n. 219 del 2017, i trattamenti contrari alle sue personali convinzioni. Alcuni autori hanno contestato simile ricostruzione⁵⁰, poiché comprometterebbe l’operatività della legge e, assieme, la portata del neo-conquistato diritto all’autodeterminazione. È vero: l’obiezione di coscienza trova la sua fonte (anche) nel Codice deontologico; ma la genericità del rinvio mal si concilia con la precisione con cui il legislatore, di norma, disciplina le clausole di coscienza “specifiche”.

Tali riserve, a nostro avviso, sono (in parte) fondate: l’inciso di cui all’art. 1, co. 6 non vale a veicolare una generale facoltà di obiezione, almeno rispetto alle *principali manifestazioni di volontà* disciplinate dalla l. n. 219 del 2017, che pongono a carico del medico anzi tutto un inequivoco obbligo di *astensione*. A fronte dell’intenzione di rifiutare le terapie e revocare il consenso, l’obiettore non potrà invocare la propria coscienza per attivarsi coattivamente e costringere il malato a subire un trattamento indesiderato. Sarà tenuto a «rispettare la volontà espressa dal paziente» (art. 1, co. 6, prima parte), financo ad *agire* per acquisire e documentare la manifestazione del rifiuto o della revoca, dedicare “tempo e cura” alla comunicazione (art. 1, co. 8), prospettare le conseguenze e le possibili alternative (art. 1, co. 5); in altre parole: dovrà dare attuazione alle disposizioni della legge sul consenso, senza mortificare la *libertà morale* della persona assistita (divieto di abbandono terapeutico)⁵¹.

Detto ciò, il silenzio sulle modalità d’esercizio del diritto di obiezione di coscienza non equivale al suo totale disconoscimento. Espletate le attività di cui sopra – rispetto alle quali il personale sanitario non può dichiararsi *indisponibile*⁵² – non è detto che si possa *esigere* dal medico un ultimo *agere* che egli senta in contrasto con la propria coscienza, per esempio l’estubazione, la rimozione del sondino nasogastrico, lo spegnimento del macchinario di ventilazione⁵³.

La positivizzazione nel testo della l. n. 219 del 2017 avrebbe certamente giovato alla identificazione dei *limiti* all’esercizio della clausola, al buon funzionamento delle strutture sanitarie e, dunque, alla tutela dei pazienti che vogliono interrompere le cure (sul modello dell’art. 9 l. n. 194 del 1978, in tema di I.V.G.). È auspicabile che, nelle comunicazioni ‘prescritte’ dalla l. n. 219 del 2017, il professionista informi il malato delle sue personali convinzioni, in ossequio alla vocazione fiduciaria della relazione. Medico e paziente (e struttura ospedaliera) potranno così pianificare con anticipo le modalità concrete di sospensione delle cure, ovvero individuare sin da subito un altro professionista che si assuma la responsabilità delle terapie ed, eventual-

⁴⁷ Sul problema dell’incultura, FORTI (2018), pp. 13 ss.

⁴⁸ CASONATO (2018), pp. 956-958.

⁴⁹ In argomento, ABU AWAD (2012); BERTOLINO (2013); BOGNETTI (1991); CANESTRARI - MANTOVANI - VERONESI (2011); EUSEBI (2011); LEONCINI (2011); MANTOVANI (1979); STELLA (1985).

⁵⁰ CACACE (2018).

⁵¹ CANESTRARI (2018a). Sull’acquisizione del consenso quale obbligo di servizio per il medico del Servizio Sanitario Nazionale, MICCICHÈ (2018), pp. 354-355.

⁵² In tema di interruzione volontaria della gravidanza, anche la l. n. 194 del 1978 precisa, all’art. 9, co. 3, che: «L’obiezione di coscienza esonera il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie dal compimento delle procedure e delle attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l’interruzione della gravidanza, e non dall’assistenza antecedente e conseguente all’intervento». Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 27 novembre 2012 – 2 aprile 2013, n. 14979.

⁵³ Al contrario, CACACE (2018): «Se anche nel «non può esigere trattamenti sanitari», poi, si volesse ricomprendere la fattispecie dell’interruzione che richieda una prestazione di natura sanitaria (l’estubazione, per esempio), pare corretto affermare, anche sotto la lente della *ratio legis*, che la menzione della contrarietà alla deontologia professionale non possa immediatamente riferirsi ad un dettato – quello dell’art. 22 – volto a delineare i confini della condotta deontologicamente corretta (ai fini dell’esonero da responsabilità disciplinare): quello che il medico può non fare. La contrarietà attiene, per converso, a ciò che il medico – deontologicamente parlando – dovrebbe fare: il paziente, allora, non potrà pretendere, per l’appunto, il contrario».

mente, dell'interruzione.

È essenziale, allora, che il Servizio Sanitario assicuri presso tutte le strutture ospedaliere del territorio nazionale la presenza o l'intervento tempestivo di esercenti sanitari che diano applicazione alla l. n. 219 del 2017, garantendo così a tutti gli utenti l'accesso alle prestazioni e l'esercizio del diritto all'autodeterminazione, in specie nella scelta di lasciarsi morire. Si consideri, inoltre, la differenza tra il rifiuto di erogare *ex novo* una prestazione sanitaria e quello di interrompere una terapia che lo stesso professionista ha contribuito ad avviare. In ultima istanza, graverà sull'amministrazione sanitaria la responsabilità di assicurare la sospensione dei trattamenti avviati dal personale interno, anzi tutto tramite l'adozione di specifiche misure organizzative (per esempio: la previsione di un equilibrato rapporto tra personale obiettore e non obiettore, l'assunzione di professionisti *ad hoc*, l'attivazione di strumenti di mobilità, ecc.).

Meno problematico è il riferimento alla "contrarietà alle buone pratiche clinico-assistenziali", per la cui definizione soccorre il dibattito sviluppatosi all'indomani dell'approvazione del decreto Balduzzi.

Nella nozione "ampia" di buone-pratiche, si ricorderà, «trovano ricetto, oltre ai protocolli e alle *check list*, tutte quelle soluzioni sperimentate in modo positivo dai medici, ancorché talune di loro non possano fregiarsi dell'accreditamento presso la comunità scientifica»⁵⁴. La l. Gelli-Bianco ha ufficialmente declassato le buone pratiche, separandole nell'art. 5 dalle raccomandazioni contenute nelle linee-guida pubblicate dall'Istituto Superiore di Sanità. Alle buone pratiche fa poi riferimento anche l'art. 3, che istituisce l'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza in sanità, quali misure per la prevenzione e la gestione del rischio sanitario nonché per la formazione e l'aggiornamento del personale. Si noti, ancora, che l'art. 1, co. 6 esclude dal perimetro dei doveri professionali le sole prestazioni contrarie alle buone pratiche, senza alcun riferimento alle linee-guida.

Il distinguo può essere spiegato nei seguenti termini, utili al chiarimento della nozione di "contrarietà alle buone pratiche". Queste ultime veicolano prescrizioni operative per la prevenzione degli errori nella somministrazione delle terapie e il miglioramento della sicurezza delle prestazioni (eventi avversi, conseguenze inattese, ecc.). Deve dunque considerarsi "contrario alle buone pratiche" un trattamento per il quale non esiste alcuna traccia di positiva sperimentazione e, dunque, *pericoloso per la sicurezza* del malato, del personale sanitario o della struttura. Rispetto al trattamento pericoloso, dal quale ci si potrà fondatamente attendere un danno per la salute dei soggetti coinvolti, il professionista non ha obblighi professionali.

Dalle raccomandazioni veicolate dalle *guidelines* ci si potrà e dovrà discostare allorquando non siano adeguate alle specificità del caso concreto, poiché si tratta di suggerimenti, proposte di comportamento, alle volte finalizzate alla migliore gestione organizzativa o economica della struttura. Al contrario, l'adesione del professionista alle regole di sicurezza è pretesa senza eccezione alcuna, né può essere oggetto di discussione con il malato. Contro l'asservimento terapeutico e la *medicina pretensiva* il professionista dovrà opporre il sapere scientifico e rifiutare le prestazioni inefficaci o inutilmente rischiose. Non è "cura" tutto ciò che il malato vuole o crede. Non è "sperimentazione" tutto ciò che il sanitario azzarda o prova. Il perimetro degli obblighi professionali, per questa via, coincide con la salvaguardia della salute della persona assistita, che «non significa esaudirne ogni desiderio che possa giovare allo stato d'animo del soggetto; al contrario, perché una certa richiesta possa considerarsi fattore per la promozione della salute individuale e perciò fonte di obbligazioni a carico del servizio sanitario, è necessario che risponda a una indicazione medica, ossia che riposi su riscontri di natura tecnico scientifica»⁵⁵.

La previsione di cui all'art. 1, co. 6, anche in questo caso, è posta a tutela della libertà terapeutica. Nessun professionista può essere costretto a intraprendere trattamenti clinicamente inefficaci, a prescrivere farmaci *off label*, ad attivare una sperimentazione in cui non crede. Di più: ricorda «al medico (ma anche a tutte le restanti figure che esercitano una professione sanitaria) che oltre alla "scienza" ciò che deve guidare ogni momento dell'attività diagnostico-terapeutica è la "coscienza" di operare per produrre benefici prevalenti rispetto a eventuali controindicazioni»⁵⁶.

In tali casi, naturalmente, «il sovrapporsi della decisione del medico su quella del paziente (del profilo oggettivo su quello soggettivo) rischia di interrompere – di fatto – l'essenza stessa

⁵⁴ CAPUTO (2017b), p. 280.

⁵⁵ MICCICHÈ (2018), p. 356.

⁵⁶ FIORI e MARCHETTI (2018), p. 138.

del rapporto terapeutico (ricostruito nei termini di una vera e propria alleanza di cura)»⁵⁷. Il malato si rivolgerà dunque a un altro medico, che creda nelle potenzialità terapeutiche di un qualche approccio, o che voglia osare trattamenti non convenzionali. Con la seguente precisazione: *i*) nel caso in cui il professionista esponga il paziente a pericoli (questi sì) inutili o sproporzionati, potranno considerarsi violate in uno *lex artis* e legge penale; *ii*) nel caso in cui si accerti l'esistenza di una raccomandazione di comportamento clinico adeguata (*ex ante*) al caso concreto, anche il primo medico potrà risponderne penalmente, per non esserci dimostrato aggiornato – per rimproverabile impreparazione – alle acquisizioni scientifiche rese disponibili dall'Istituto Superiore di Sanità.

Bibliografia

ABU AWWAD, Valentina (2012): “Lobiezione di coscienza nell’attività sanitaria”, *Rivista italiana di medicina legale*, 2, pp. 403-423

AMATO, Giuseppe (2018): “Conclusione giusta in linea con la norma e contro le negligenze”, *Guida al diritto*, 12, pp. 28-32

BARTOLI, Roberto (2011): “I costi “economico-penalistici” della medicina difensiva”, *Rivista italiana di medicina legale*, 4, pp. 1107-1123

BERTOLINO, Marta (2013): “Brevi note in tema di obiezione di coscienza, a margine di una recente sentenza della Cassazione”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp. 1442-1464

BILANCETTI, Mauro e BILANCETTI, Francesco (2016): “Verso quale riforma della responsabilità medica?”, *Rivista italiana di medicina legale*, 4, pp. 1399-1415

BOGNETTI, Giovanni (1991): “Obiezione di coscienza, III) Profili comparatistici”, *Enciclopedia giuridica*, XXIV, pp. 1-4

BRUSCO, Carlo (2018): “L’intervento delle Sezioni unite sulla responsabilità penale dell’ercente la professione sanitaria dopo la legge Gelli-Bianco”, *www.ilpenalista.it*

CACACE, Simona (2018): “La nuova legge in materia di consenso informato e DAT: a proposito di volontà e di cura, di fiducia e di comunicazione”, *Rivista italiana di medicina legale*, 3, pp. 935-946

CACACE, Simona (2016): “A proposito di scienza e diritto: il «caso Stamina» (ma non solo). Libera scelta della cura e tutela della salute: là dove il dovere del medico s’arresta”, *Rivista italiana di medicina legale*, 1, pp. 109-128

CALETTI, Gian Marco e MATTHEUDAKIS, Matteo Leonida (2018): “La fisionomia dell’art. 590-*sexies* c.p. dopo le sezioni unite tra ‘nuovi’ spazi di graduazione dell’imperizia e ‘antiche’ incertezze”, *Diritto penale contemporaneo*, 4, pp. 25-46

CALETTI, Gian Marco e MATTHEUDAKIS, Matteo Leonida (2017): “Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco” nella prospettiva del diritto penale”, *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, 2, pp. 84-108

CANESTRARI, Stefano (2018a): “I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017 n. 219”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, pp. 55-85

CANESTRARI, Stefano (2018b): “La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento”, *Legislazione penale*, 20 dicembre 2018

⁵⁷ CUPELLI (2011).

CANESTRARI, Stefano (2017): “Una buona legge buona (ddl recante «norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)”, *Rivista italiana di medicina legale*, 3, pp. 975-980

CANESTRARI, Stefano, MANTOVANI, Ferrando, VERONESI, Paolo (2011): “L’obiezione di coscienza e le riflessioni del giurista nell’era del biodiritto”, *Criminalia*, pp. 387-414

CAPUTO, Matteo (2018): “Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell’imperizia lieve”, *Rivista italiana di medicina legale*, 1, pp. 345-366

CAPUTO, Matteo (2017a): “I nuovi limiti alla sanzione penale”, in Lovo, Marco e Nocco, Luca (editors), *La nuova responsabilità sanitaria. Le novità introdotte dalla Legge Gelli* (Milano, Il Sole 24 Ore), pp. 21-31

CAPUTO, Matteo (2017b): *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure* (Torino, Giappichelli)

CAPUTO, Matteo (2012): “Filo d’Arianna o flauto magico? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp. 875-923

CASONATO, Carlo (2018): “Taking sick rights seriously: la pianificazione delle cure come paradigma di tutela delle persone malate”, *Rivista italiana di medicina legale*, 3, pp. 949-963

CENTONZE, Francesco e CAPUTO, Matteo (2016): “La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco”, *Rivista italiana di medicina legale*, 4, pp. 1361-1369

CENTONZE, Francesco (2017): “Responsabilità da reato degli enti e *agency problems*. I limiti del d.lgs.vo n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp. 945-987

CUPELLI, Cristiano (2018a): “Consenso informato, autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: profili penali”, *DisCrimen*, 15 ottobre 2018

CUPELLI, Cristiano (2018b): “L’art. 590-*sexies* c.p. nelle motivazioni delle sezioni unite: un’interpretazione ‘costituzionalmente conforme’ dell’imperizia medica (ancora) punibile”, *Diritto penale contemporaneo*, 3, pp. 246-257

CUPELLI, Cristiano (2017): “Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco”, *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, 4, pp. 200-216

CUPELLI, Cristiano (2011): “Responsabilità colposa e accanimento terapeutico consentito. Nota a Cass. sez. IV., 13.1.2011 (dep. 7.4.2011)”, n. 13746, *Diritto penale contemporaneo*, 24 maggio 2011

D’ALESSANDRO, Francesco (2017): “La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma “Gelli-Bianco””, *Diritto penale e processo*, 5, pp. 573-578

D’ALESSANDRO, Francesco (2014): “Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva”, *Rivista italiana di medicina legale*, 3, pp. 927-951

DE FRANCESCO, Giovannangelo (2017a): “In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recenti riforme”, *Legislazione penale*, 2 maggio 2017

DE FRANCESCO, Giovannangelo (2017b): “Un ulteriore sviluppo normativo in tema di responsabilità penale del sanitario”, *Rivista italiana di medicina legale*, 4, pp. 1525 -1534

DI LANDRO, Andrea (2012): *Dalle linee guida e dai protocolli all’individuazione della colpa penale nel settore sanitario* (Torino, Giappichelli)

- DONINI, Massimo (2016): “La necessità dei diritti infelici. Il diritto di morire come limite all’intervento penale”, *Rivista italiana di medicina legale*, 2, pp. 547-572
- EUSEBI, Luciano (2018a): “Della dignità e dei diritti. La forzatura nel processo Cappato e la legge sulle disposizioni anticipate di trattamento”, *Il Regno*
- EUSEBI, Luciano (2018b): “Editoriale: Vincoli legali nell’attività sanitaria, considerazioni economiche e un quarantennale. Profili di attualità del dialogo di bioetica”, *Rivista italiana di medicina legale*, 3, pp. 781-791
- EUSEBI, Luciano (2014): “Introduzione al *Focus*. Menomazioni gravi della salute: “diritto di vivere” o “diritto di morire”? Questioni aperte circa le dichiarazioni di rifiuto delle terapie”, *Rivista italiana di medicina legale*, 2, pp. 483-493
- EUSEBI, Luciano (2012): “Problemi aperti circa le condotte incidenti sulla vita umana”, *Rivista italiana di medicina legale*, 3, pp. 855-871
- EUSEBI, Luciano (2011): “Obiezione di coscienza del professionista sanitario”, in ZATTI, Paolo, LENTI, Leonardo, PALERMO FABRIS, Elisabetta (editors), *I diritti in medicina* (Milano, Giuffrè), pp. 173-187
- FIORI, Angelo e MARCHETTI, Daniela (2018): *Medicina legale della responsabilità medica* (Milano, Giuffrè)
- FORTI, Gabrio (2018): *La cura delle norme. Oltre la corruzione delle regole e dei saperi* (Milano, Vita e Pensiero)
- FORTI, Gabrio (2015): “Il “quadro in movimento” della colpa penale del medico, tra riforme auspicate e riforme attuate”, *Diritto penale e processo*, 6, pp. 738-742
- FORTI, Gabrio, CATINO, Maurizio, D’ALESSANDRO, Francesco, MAZZUCATO, Claudia, VARRASO, Gianluca (2010): *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell’ambito dell’attività sanitaria e di gestione del contenzioso legato al rischio clinico* (Pisa, ETS)
- GATTA, Gian Luigi (2017): “Colpa e responsabilità medica: il decreto Balduzzi va in soffitta e approda in G.U. la legge “Gelli Bianco””, *Diritto penale contemporaneo*, 20 marzo 2017
- GAWANDE, Atul (2014): *Being Mortal. Illness, Medicine and What Matters in the End* (London, Wellcome Collection)
- HELLMUTH, Joanna, RABINOVICI, Gil, MILLER, Bruce (2019): “The Rise of Pseudomedicine for Dementia and Brain Health”, www.jamanetwork.com, 25 gennaio 2019
- IAGNEMMA, Caterina (2019): ““Il tempo della comunicazione costituisce tempo di cura”: l’approccio narrativo nella Legge n. 219 del 2017”, *Giurisprudenza Penale Web*, 1-bis
- LEONARDI, Matilde (2010): “Nuovi paradigmi nella definizione di salute e disabilità. La classificazione ICF e la Convenzione ONU dei diritti delle persone con disabilità”, in PESSINA, Adriano (editor), *Paradoxa. Etica della condizione umana* (Milano, Vita e Pensiero)
- LEONCINI, Isabella (2011): “Laicità dello Stato, pluralismo e diritto costituzionale all’obiezione di coscienza”, *Studi in onore di Mario Romano* (Napoli, Jovene)
- MANNA, Adelmo (2014): *Medicina difensiva e diritto penale* (Pisa, Pisa University Press)
- MANTOVANI, Ferrando (2011): “Obiezione di coscienza: tra presente e futuro”, *Iustitia*, 2, pp. 141-156
- MICCICHÈ, Calogero (2018): “L’amministrazione della sofferenza”, *Jus*, 3, pp. 339-430
- NUSSBAUM, Martha (2002): *Giustizia sociale e dignità umana* (Bologna, Il Mulino)

PALAVERA, Rosa (2019): “I confini del diritto ai confini della vita: un luogo privilegiato per la promozione dialogica dei valori?”, *Giurisprudenza Penale Web*, 1-bis

PALAZZO, Francesco (2009): “Responsabilità medica, “disagio” professionale e riforme penali”, *Diritto penale e processo*, 15, pp. 1061-1066

PALAZZO, Francesco (1979), “Obiezione di coscienza”, *Enciclopedia del diritto*, XXIX, pp. 539-562

PIERGALLINI, Carlo (2017): “Colpa”, *Enciclopedia del diritto*, Annali, X, pp. 222-265

PIRAS, Paolo (2017): “*Imperitia sine culpa non datur*. A proposito del nuovo art. 590 *sexies* c.p.”, *Diritto penale contemporaneo*, 1 marzo 2017

RISICATO, Lucia (2018): “Le Sezioni unite salvano la rilevanza *in bonam partem* dell'impe-
rizza “lieve” del medico”, *Giurisprudenza italiana*, 4, pp. 948-954

RISICATO, Lucia (2017a): “Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile pro-
gresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario”, *Legislazione penale*, 7 giu-
gno 2017

RISICATO, Lucia (2017b): “Vecchi e nuovi circoli viziosi in tema di colpa penale del medi-
co”, *Rivista italiana di medicina legale*, 4, pp. 1515-1524

ROIATI, Alessandro (2017): “La colpa medica dopo la legge “Gelli-Bianco”: contraddizio-
ni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni”, *Archivio penale*, 2, maggio-agosto 2017

ROTOLO, Giuseppe (2013): “*Guidelines e leges artis* in ambito medico”, *Rivista italiana di
medicina legale*, 1, pp. 277-297

STELLA, Federico (1985): “L'obiezione di coscienza del sanitario nelle legislazioni euro-
pee”, *Rivista italiana di medicina legale*, 2, pp. 444-465



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A T R I M E S T R A L E

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>