

La solidarietà fondamentale.
Liber amicorum Giuseppe Acocella

a cura di Carmela Capolupo e Vincenzo Rapone

Federico II University Press



fedOA Press

Il rifiuto dei trattamenti sanitari per motivi religiosi dopo la legge 22 dicembre 2017 n. 219

CARMELA CAPOLUPO

The informed consent and living wills Act of 2017 lays the foundations for greater protection of people who refuse certain medical treatments for religious reasons. In the past, self-determination in the health field has not always found adequate protection among health professionals and judicial authorities.

self-determination in the religious and health field, living will, refusal of medical treatment, informed consent

1. Dalle dichiarazioni alle disposizioni anticipate di trattamento: un percorso difficile

In assenza di un quadro normativo di riferimento, la *vexata quaestio* dei diritti di fine vita è a lungo rimasta affidata alla interpretazione e alla diretta applicazione da parte del giudice di valori fondamentali, tra cui, *in primis*, il diritto all'autodeterminazione, nella più ampia cornice delimitata dai principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione.

L'approvazione della legge 22 dicembre 2017 n. 219 può considerarsi il punto di approdo di un difficile percorso lungo il quale le magistrature interne e sovranazionali hanno nel tempo attenuato la percezione in chiave paternalistica che da sempre ha caratterizzato l'intervento medico, per affermare la volontà del paziente come principio prioritario inderogabile.

La giurisprudenza costituzionale pone una premessa decisiva nel ricondurre il consenso informato agli artt. 2, 13 e 32 Cost., facendone così scaturire la funzione di sintesi tra il diritto alla salute e quello all'autodeterminazione, «in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la

sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione¹.

La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha costantemente ribadito i limiti della discrezionalità degli Stati, rispetto agli interventi ad essi consentiti dall'art. 8, c.2 della CEDU, ravvisando nell'autodeterminazione in campo sanitario una componente decisiva del rispetto che si deve alla vita privata, spingendosi a configurare l'obbligo positivo degli Stati di adottare delle misure adeguate per garantire una morte degna, specificando, inoltre, che impedire la scelta libera di un soggetto di porre fine alla propria esistenza, da lui considerata come non degna di essere vissuta, costituisce un'ingerenza ingiustificata nel diritto di rispetto alla vita privata, sancito all'art. 8 Cedu².

Nella giurisprudenza italiana il punto di svolta decisivo per l'affermazione in via legislativa di principi ormai sufficientemente radicati nella coscienza sociale si riconduce alla sentenza della Corte di cassazione 21748 del 2007 (caso Englaro), opportunamente definita una «sentenza storica», «un'autentica pietra angolare»³ cui si è uniformata la successiva giurisprudenza dei giudici di merito e dello stesso giudice di legittimità.

Nel solco di una sostanziale continuità con la giurisprudenza, si perviene dunque all'approvazione di un testo di legge che non nasce da un vuoto normativo, bensì da un quadro di principi che nella sentenza n.21748 del 2007 trovano la più compiuta elaborazione⁵.

Il contributo venuto dalla giurisprudenza si è rivelato decisivo per l'attuazione di principi come il diritto all'autodeterminazione, da cui è stato poi possibile dedurre, nonché affermare a fondamento delle scelte terapeutiche, strumenti come

¹ Corte costituzionale 15 dicembre 2008, n.438, in termini analoghi la sentenza 23 luglio 2009, n. 253.

² Solo a titolo esemplificativo v. Kock c. Germania, 12 luglio 2012, ma la giurisprudenza è copiosa, si veda al riguardo l'ampia rassegna in G. FERRANDO, *Guido Alpa e il testamento biologico*, in *Dialoghi con Guido Alpa*, a cura di G. Conte, A. Fusaro, A. Somma, V. Zeno Zencovich, Collana del Dipartimento di Giurisprudenza, Roma, 2018, pag. 187.

³ R. G. CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219. In una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?* In *consulta on line*, 1/2018, pag. 223.

⁴ G. FERRANDO, *Guido Alpa e il testamento biologico*, cit., pag. 187.

⁵ Tanto da indurre il Consiglio di Stato ad affermare che la pronuncia della Cassazione «ha enunciato con chiarezza le regole che governano il rapporto tra il soggetto assistito e la struttura del servizio sanitario che eroga le cure e il trattamento terapeutico, direttamente applicabili anche alla fattispecie in esame», Consiglio di Stato, sez. III, sent. 21 giugno 2017, n. 3058.

il consenso informato e le dichiarazioni anticipate di trattamento, in assenza di un quadro definito di regole.

Muovendo dalla tormentata prassi applicativa che ha contrassegnato il ricorso alle dichiarazioni anticipate di trattamento in assenza di una legge, ci si interrogava sulla possibilità di estenderne la portata alle ipotesi in cui il rifiuto del trattamento sanitario scaturisce da motivazioni religiose.

La riflessione nasce dall'esperienza dei Testimoni di Geova, una minoranza religiosa ammessa dalla Costituzione e riconosciuta dallo Stato che, in ragione del loro credo, rifiutano di sottoporsi a terapie emotrasfusionali.

Il testimone di Geova rende la dichiarazione di dissenso agli interventi di emotrasfusione portando con sé un cartellino sottoscritto dall'interessato e da due testimoni, recante la dicitura *no sanguis*, almeno prima dell'entrata in vigore della legge 219 del 2017.

La soluzione del quesito esige preliminarmente di inquadrare le caratteristiche della «appropriatezza» del consenso/dissenso all'atto medico, così come si sono andate delineando nel tempo, prima dell'entrata in vigore della legge 219. Si tratta poi di verificare se il cartellino mediante il quale il testimone di Geova esprime il dissenso alle trasfusioni sia conforme ai requisiti propri delle DAT.

L'appropriatezza del consenso/dissenso al trattamento è stata costantemente ricondotta alla necessità di un'adeguata informazione in campo medico, alla attualità della volizione, alla consapevolezza del disponente.

L'informazione, lungi dal risolversi nel mero assenso, deve riferirsi alla diagnosi, alla natura della malattia, alla terapia e, eventualmente, alle prospettive di terapie alternative; l'attualità del consenso esige che lo stesso debba sussistere al momento del trattamento; infine, perché il consenso sia consapevole, si richiede che a prestarlo sia persona vigile, in grado di intendere, di volere e di comunicare.

In assenza di queste condizioni, la Convenzione di Oviedo⁶ prevede che il

⁶ La Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina (Consiglio d'Europa 1997) è in vigore sul piano internazionale dal 1° dicembre 1999. La legge 28 marzo 2001, n. 145 disponeva l'autorizzazione alla ratifica della Convenzione e del Protocollo e, oltre a disporre l'ordine di piena ed intera esecuzione degli atti, delegava il Governo all'adozione dei decreti legislativi di adattamento al quadro convenzionale, fissando in sei mesi il termine per l'esercizio della delega. La delega non veniva esercitata e con la successiva legge 13 gennaio 2003, n. 3 se ne disponeva la proroga al 31 luglio 2003. A fronte della perdurante inerzia del Governo, con un emendamento inserito nel disegno di legge di conversione di un decreto legge (decreto mille proroghe) veniva conferita al Governo una nuova delega con la legge 27 febbraio 2007, n. 17, che fissava al 31 luglio 2007 il

consenso possa essere prestato da un legale rappresentante⁷ che non agisce al posto del malato secondo le sue personali convinzioni, dovendo invece ricostruire la volontà del paziente, qualora questi avesse potuto esprimerla.

Può verificarsi che il paziente, prima di cadere nello stato di incoscienza, abbia fatto in modo di far conoscere la propria volontà in merito a determinati trattamenti avvalendosi delle DAT o individuando un soggetto deputato a manifestare il consenso/dissenso ad un determinato trattamento.

Ma prima dell'intervento del legislatore del 2017 in quale considerazione potevano tenersi le DAT? Potevano in qualche modo vincolare l'intervento del medico?

La difficoltà di fornire una risposta esaustiva ed univoca va posta in relazione ai nodi problematici affiorati nel momento in cui si è affrontato il problema di puntualizzare le caratteristiche di "adeguatezza" del consenso, con particolare riferimento ai presupposti della informazione ed attualità come elementi essenziali della manifestazione di volontà. E infatti, quanto al carattere informato del consenso/dissenso, si è posto in luce il rischio che le DAT potessero non essere precedute da una adeguata informazione; che all'atto della sottoscrizione

termine per l'adozione degli atti conseguenti. L'Esecutivo non ha dato seguito alla delega, omettendo altresì di depositare lo strumento della ratifica presso il Segretario Generale del Consiglio d'Europa, conformemente all'art. 33, par.4, della Convenzione. La situazione di paralisi in cui versa la Convenzione non ha tuttavia precluso ai giudici italiani di avvalersene, sia pure con modalità diverse, quanto meno nell'orientare l'interpretazione del diritto vigente in coerenza con la normativa internazionale. Sull'applicazione giurisprudenziale della Convenzione si veda il contributo di PALOMBINO F.M., *La rilevanza della convenzione di Oviedo secondo il giudice italiano*, in «Giur. Cost.», 2011, 6, 4811. Le ragioni che ancora precludono la conclusione della procedura di ratifica sono state ricondotte a quanto l'art. 36 della stessa Convenzione prevede, ossia la possibilità che in sede di ratifica lo Stato possa formulare una riserva sul contenuto di una particolare disposizione convenzionale in rapporto ad eventuali difformità con una legge di diritto interno, esclusa la riserva a carattere generale. È ragionevole ritenere che il perfezionamento delle procedure di ratifica sia stato condizionato dall'adozione nell'ordinamento italiano di una disciplina generale in materia, onde verificare la necessità o meno di avvalersi della riserva. In tal senso F. G. PIZZETTI, *La delega per l'adattamento dell'ordinamento italiano alla Convenzione di Oviedo tra problemi di fonti ed equilibri istituzionali: un nuovo "cubo di Rubik"?*, in <http://www.astrid-online.it/>, 26 marzo 2007.

⁷ In base all'art. 6, c. 3, «Allorquando, secondo la legge, un maggiorenne, a causa di un handicap mentale, di una malattia o per un motivo simile, non ha la capacità di dare consenso ad un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge. La persona interessata deve nei limiti del possibile essere associata alla procedura di autorizzazione».

il soggetto non valutasse debitamente le possibilità offerte dai futuri sviluppi in campo medico o che la scelta sia orientata da una serie di pregiudizi o di timori irrazionali.

Analogamente, quanto al carattere attuale del consenso/dissenso si è posto l'accento sul fatto che le DAT sono rese in un momento diverso da quello della loro utilizzazione, con la conseguenza che potrebbero non corrispondere più al volere del paziente che, gravemente ammalato, non potendo esprimere il mutamento di opinione, sarebbe costretto a patire le conseguenze di una precedente decisione⁸.

Le difficoltà innanzi evidenziate si riflettono sulle indicazioni relative alla utilizzabilità delle dichiarazioni anticipate confluite nella Convenzione di Oviedo e nel Codice di Deontologia medica.

In base all'art.9 della Convenzione di Oviedo «i desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione»⁹. Inoltre, l'art. 34, comma 2, del codice di deontologia medica sancisce che se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, il medico non può non tenere conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso.

Che valore si poteva attribuire alle espressioni «saranno prese in considerazione» o «non può non tener conto»?

La fisiologica genericità delle formule avrebbe dovuto privilegiarne una interpretazione orientata dall'oggetto della tutela cui la DAT è preordinata: la volontà del paziente. Rispetto a quest'ultima la dichiarazione si configura come un elemento probatorio di primaria importanza che non può essere disatteso¹⁰.

Quanto ai problemi innanzi evidenziati sul versante dell'attualità/informa-

⁸ La problematicità che sempre si accompagna alla valutazione di una dichiarazione anticipata di trattamento è comprensibile nell'ottica, mediamente diffusa nella coscienza sociale, per cui l'attività medica è sempre sostenuta da una astratta presunzione di legittimità, rispetto alla quale il consenso al trattamento sanitario si va configurando come strumento di bilanciamento tra la legittimità (presunta) dell'intervento medico e diritti del paziente costituzionalmente protetti.

⁹ È opportuno evidenziare che, in base ad una prima formulazione dell'art. 9 della Convenzione, i desideri precedentemente espressi dal paziente erano da considerarsi «determinanti», espressione che sollevò non poche riserve e perplessità.

¹⁰ G. PELLEGRINO, *Il rifiuto di trasfusioni da parte dei testimoni di Geova: tra diritto costituzionale all'autodeterminazione in materia sanitaria e attualità del dissenso*, in «Giur. It.», 5, 2009, pag. 1126.

zione del consenso/dissenso, la soluzione prospettata dalla Convenzione di Oviedo assegna al medico la valutazione circa l'applicabilità della dichiarazione alla situazione venutasi concretamente a prefigurare. Al medico spetta la valutazione sugli eventuali progressi della medicina che il paziente non poteva ponderare nel momento in cui ha reso la dichiarazione; sul medico incombe altresì la valutazione su eventuali mutamenti del sistema di valori che hanno sorretto la scelta, mediante l'apporto decisivo delle informazioni provenienti dai familiari.

Sebbene, in assenza di mutamenti oggettivi o soggettivi, la DAT non sembrasse eufidibile, l'impianto complessivo della Convenzione non appare orientato alla inequivocabile vincolatività per il medico. Questo profilo è meglio specificato nel rapporto esplicativo in base al quale, «tenere in considerazione i desideri precedentemente espressi non significa che essi debbano essere necessariamente eseguiti. Per esempio, se i desideri sono stati espressi molto tempo prima dell'intervento e la scienza da allora ha fatto progressi, potrebbero esserci le basi per non tenere in conto l'opinione del paziente. Il medico dovrebbe quindi, per quanto possibile, accertare che i desideri del paziente si applicano alla situazione presente e sono ancora validi, prendendo in considerazione particolarmente il progresso tecnico in medicina».¹¹

Sui requisiti di validità del consenso/dissenso all'atto medico la legge 219 del 2017 ribadisce il carattere della adeguatezza delle informazioni sulle conseguenze della scelta¹², nonché sulla attualità delle stesse rispetto all'evolversi delle terapie in campo medico; puntuale riscontro può scorgersi nel successivo c. 5 dell'art.4, in base al quale le DAT «possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiono palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistono terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita».

Ne consegue che la preventiva informazione si conferma come momento cruciale dal quale discende poi la scelta in merito al trattamento medico. Tuttavia, è stato evidenziato, la rilevanza della informazione non si traduce in misure particolarmente stringenti circa la verifica dell'avvenuta informazione del disponente¹³. Alla stesura delle DAT non è prevista la partecipazione di un medico,

¹¹ Paragrafo 62 del rapporto esplicativo della Convenzione di Oviedo.

¹² Art. 4, c. 1.

¹³ A. TORRONI, *Il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento: un rapporto essenziale ma difficile*, in «Rivista del Notariato», 2/2018, pag. 442.

né è previsto un obbligo di menzione circa l'acquisita informazione a carico del soggetto abilitato a riceverle, sia esso il notaio, il funzionario dello stato civile o il dipendente della struttura sanitaria. Se si può ragionevolmente ritenere che il notaio debba farsi carico di accertare la sussistenza di un presupposto fondamentale dell'atto che redige, la verifica appare più problematica nelle altre ipotesi.¹⁴

Ma è sul versante dell'efficacia delle DAT, che la legge segna un punto di svolta dirimente, non in linea con la Convenzione di Oviedo, disponendone la vincolatività *ex lege*, cui corrisponde anche una diversa definizione: non più dichiarazioni anticipate di trattamento, bensì *disposizioni anticipate di trattamento*, secondo una formula che ne sottolinea la tendenziale inderogabilità.

A ciò si deve aggiungere che anche il campo di applicazione delle DAT sembrerebbe più esteso rispetto alle prescrizioni della Convenzione di Oviedo che limita il consenso/dissenso prestato a «proposito di un intervento medico», escludendo dunque la possibilità che una persona possa opporre un rifiuto totale e generico alle cure. In questa ultima opzione è stato ravvisato il filo conduttore della legge, insieme al regime della irresponsabilità del medico per le conseguenze che possono scaturire dall'osservanza delle determinazioni del paziente¹⁵.

Ma quello che appare un punto qualificante della legge ingenera non pochi dubbi nell'ipotesi, tutt'altro che remota, che le DAT vengano redatte quando la persona gode di un ottimo stato di salute.

In questo caso a quale trattamento ci si oppone? A tutte le possibili terapie? E, soprattutto, quali informazioni mediche si acquisiscono a fronte di una varietà potenzialmente infinita di eventi e patologie che possono determinare lo stato di incoscienza? Si può immaginare che, in assenza di una precisa patologia, ci si voglia opporre ai trattamenti di idratazione e alimentazione forzata, ma quanto

¹⁴ In merito a quest'ultimo profilo di recente si è pronunciato il Consiglio di Stato (adunanza della Commissione speciale del 18 luglio 2018) su richiesta di parere inoltrata dal Ministero della salute. In particolare veniva prospettata la possibilità che la avvenuta acquisizione delle informazioni potesse essere dichiarata dal disponente ai sensi del DPR 445/2000, contestualmente alla DAT. Sul punto il Consiglio di Stato, per un verso, rimarca la necessità che vi sia certezza in ordine alla adeguatezza delle informazioni mediche acquisite, anche in relazione alla responsabilità del medico che si è attenuto alle indicazioni; per altro verso, si afferma «che pur non potendo rilevare sotto il profilo della validità dell'atto, sembra decisamente opportuno che tale circostanza venga attestata, magari suggerendola nel modulo – tipo facoltativo che verrà predisposto dal Ministero della salute»

¹⁵ A. TORRONI, *Il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento: un rapporto essenziale ma difficile*, cit., pag. 449.

è rischiosa una rinuncia sostanzialmente indeterminata a fronte della irretrattabilità della stessa?

Sul punto il Consiglio di Stato ha di recente confermato la natura delle DAT come atti a contenuto libero, per consentire all'interessato di poterle limitare ad una sola particolare patologia o di estenderle a tutte le future malattie, di nominare o non nominare un fiduciario, ecc...¹⁶

L'impianto complessivo della legge 219 del 2017 appare saldamente ancorato ai principi affermatasi nella interpretazione giurisprudenziale in tutta la loro capacità espansiva¹⁷, nella prospettiva di un bilanciamento in cui il principio di autodeterminazione sembrerebbe destinato a prevalere, pur non essendo affermato in modo assoluto e incondizionato. La possibilità che le disposizioni anticipate possano essere disattese, sia pure nei casi e con le modalità previste dall'art.4, c. 5, introduce una potenziale variabile in un meccanismo che in apparenza potrebbe sembrare rigidamente costruito intorno alla vincolatività *ex lege* delle disposizioni anticipate.

Se è vero che la legge 219 asseconda i principi affermatasi in via giurisprudenziale, vero è altresì che questo non estromette per il futuro l'intervento del giudice. A quest'ultimo, guidato dalla ricerca della sempre più intensa tutela della persona, resta affidato il compito di reperire ciò che la legge, orientata ad un intervento leggero, ha intenzionalmente taciuto¹⁸.

Prova ne sia che a pochi mesi dall'entrata in vigore della legge, la Corte costituzionale ne richiama «lo spirito», affinché in quella direzione si orienti l'intervento del legislatore sul tema dell'assistenza dei terzi nelle scelte di fine vita¹⁹.

In tutt'altra prospettiva si collocava il precedente disegno di legge approvato alla Camera il 12 luglio 2011 che apprestava soluzioni rette dall'intento prevalente di contenere l'interpretazione giurisprudenziale dei principi costituzionali entro confini ben più limitati rispetto alla loro fisiologica elasticità.

¹⁶ Consiglio di Stato, adunanza della Commissione speciale del 18 luglio 2018. Il problema è stato posto con specifico riferimento alla possibilità di disporre la standardizzazione delle DAT ai fini della conservazione elettronica.

¹⁷ Grazie alla quale il legislatore ha potuto annoverare tra i trattamenti sanitari anche l'idratazione e l'alimentazione artificiale.

¹⁸ R. G. CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219. In una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?*, cit., pagg. 223 e 241.

¹⁹ La Corte costituzionale sul caso Cappato, ordinanza 24 ottobre 2018, n. 207, in particolare punto 10 del considerato in diritto.

L'impostazione complessiva del disegno di legge Calabrò, particolarmente limitativo proprio sul versante della utilizzabilità delle DAT, poneva una pietra tombale sulla possibilità di sottrarsi all'intervento medico avvalendosi di dichiarazioni anticipate e, meno che mai, per quanto riguarda la specifica condizione dei testimoni di Geova, del tradizionale cartellino.

Per il paziente in stato di incoscienza non sembrava configurabile alcuna possibilità di far valere la propria volontà, dal momento che il dissenso sarebbe dovuto discendere dalla informazione di carattere scientifico, resa contestualmente al verificarsi del fatto che richiedeva l'intervento medico, mediante la quale l'interessato doveva essere edotto sull'assenza di terapie alternative, nonché sulle conseguenze eventualmente letali del rifiuto. Per quanto riguarda i testimoni di Geova, il diniego espresso preventivamente avrebbe potuto trovare accoglimento nella sola ipotesi di trasfusioni non salvifiche, compatibilmente con la disposizione dell'art.7 che non pone a carico del medico alcun obbligo di osservanza.

A ciò si deve aggiungere che il ddl dettava una disciplina rigorosamente procedimentalizzata della redazione della DAT, prescrivendone la forma scritta con atto avente data certa, sottoscrizione autografa del disponente nonché del medico. Peraltro, nell'originario disegno di legge si prevedeva che fosse in via esclusiva il notaio l'unico soggetto abilitato a ricevere le DAT alla presenza di un medico, obbligato a dare conto dell'informazione fornita dal medico al paziente.

Dopo la sentenza della Cassazione che scriveva la parola fine sul caso Englaro (16 ottobre 2007, n.21748), fu introdotto un emendamento in base al quale «eventuali dichiarazioni di intenti o orientamenti espressi dal soggetto al di fuori delle forme e dei modi previsti dalla presente legge non hanno valore e non possono essere utilizzati ai fini della ricostruzione della volontà del soggetto». Per le DAT si prescriveva dunque una forma *ad substantiam*. L'emendamento fu approvato dalla Camera dei Deputati il 12 luglio 2011 con il chiaro intento di contrastare l'orientamento della giurisprudenza che, in mancanza della volontà espressa dalla persona in stato di capacità, ne aveva consentito la ricostruzione anche attraverso prove testimoniali.

2. L'autodeterminazione del Testimone di Geova dinanzi al giudice

Chiarita la portata e l'efficacia che in passato è stata riconosciuta alle DAT, possiamo ora esaminare la specificità del rifiuto di trattamento basato sul credo religioso.

Si può ragionevolmente ritenere che nessun problema debba porsi nel caso di paziente maggiorenne, capace di intendere e di volere che in condizioni di piena coscienza si oppone all'intervento emotrasfusionale, ma nella prassi così non è sempre stato.

Nel 1998 un caso eclatante verificatosi a Milano, si concluse con il decesso del paziente a seguito di una trasfusione coattiva che i sanitari praticarono con mezzi di coartazione, dopo aver consultato il magistrato ed essersi avvalsi della forza pubblica per allontanare i familiari²⁰.

Ciò premesso, nell'ipotesi in cui il paziente non sia più in grado di esprimere la propria volontà, ci si chiedeva se il cartellino sottoscritto dai testimoni di Geova può considerarsi alla stregua di una DAT. Il medico è tenuto alla osservanza, o meglio, «a prenderla in considerazione», nei modi che abbiamo visto valere per la DAT per il passato?

Prima dell'entrata in vigore della legge 219, a parte le indicazioni sulle dichiarazioni anticipate in generale, ricavabili dalla Convenzione di Oviedo e dal Codice di deontologia medica, con specifico riferimento al caso dei Testimoni di Geova, una significativa presa di posizione la si rinviene nel documento del Comitato Nazionale per la Bioetica, 20 giugno 1992, n. 24, *Informazione e consenso dell'atto medico*, in cui si legge «nonostante la sofferenza del sanitario che vede morire il proprio assistito senza poter espletare l'atto terapeutico probabilmente risolutivo, egli deve ispirare il proprio comportamento all'art. 40 del codice di Deontologia medica (1990) quando afferma che «il medico è tenuto alla desistenza da qualsiasi atto diagnostico e terapeutico non essendo consentito alcun trattamento sanitario contro la volontà del paziente»²¹.

²⁰ Tra le cause del decesso, in base alle risultanze delle consulenze tecniche, fu indicato lo stress emozionale indotto dalla trasfusione coatta. Il GIP della Pretura circondariale di Milano, in data 17 giugno 1998, convalidava la richiesta di archiviazione formulata dal PM, sulla base della seguente motivazione: «per quanto riguarda la condotta dei sanitari indagati, anche se come ha evidenziato il Consulente tecnico del Pm lo stress psicofisico indotto dalla forzata emotrasfusione ha svolto un ruolo concausale nel determinismo del decesso, in correlazione delle circostanze concrete e del conflitto degli interessi etico-giuridici in gioco, non par che essa sia censurabile sotto il profilo penale».

²¹ Il contributo del CNB al dibattito sulle tematiche del fine vita si snoda attraverso una serie di documenti espressione di un orientamento non sempre univoco. In particolare, sul valore da attribuire alle DAT, inizialmente si esclude che queste ultime possano assumere un valore direttivo sulle scelte del medico, dovendosi limitare soltanto ad orientarlo. In proposito, nel documento *Questioni bioetiche relative alla fine della vita umana* del 14 luglio 1995, pag. 40 si

A fronte di questo orientamento, tuttavia, la volontà del Testimone di Geova dinanzi al giudice non è sembrata coerentemente considerata.

Le indicazioni ricavabili da un significativo orientamento giurisprudenziale²² vanno infatti in direzione opposta: frequentemente è stata negata la validità della dichiarazione, risultato al quale si perviene, come nel caso della sentenza della

legge: «una via intermedia potrebbe essere quella di considerare il *living will* come documento non ingiuntivo ma orientativo il quale consente di conoscere indirettamente quali fossero i sentimenti e le volontà dei pazienti, prima della perdita di coscienza, anche se simili espressioni non possono essere considerate come assolutamente cogenti per il medico». Nella medesima prospettiva si può annoverare il testo approvato nella seduta del 30 settembre 2005, con specifico riferimento al tema dell'alimentazione e idratazione dei pazienti in stato vegetativo persistente. Muovendo dal presupposto che l'ipotesi tipica sia quella in cui alimentazione e idratazione si configurano con le caratteristiche di una ordinaria assistenza di base, piuttosto che con quelle proprie di un atto medico, se ne fa scaturire che la richiesta di sospensione espressa in una DAT si configura «come la richiesta di una vera e propria eutanasia omissiva, omologabile sia eticamente che giuridicamente ad un intervento eutanasi attivo, illecito sotto ogni profilo». Su posizioni più moderate si fonda il parere del 18 dicembre del 2003 sulle dichiarazioni anticipate di trattamento. A proposito della modifica apportata all'art. 9 della Convenzione di Oviedo (*supra* nota 9) si legge: «Tuttavia, il passaggio da “determinanti” a “tenuti in considerazione” non dovrebbe essere interpretato come passaggio da un carattere (assolutamente) vincolante a uno (meramente) orientativo. Se è corretto escludere la prima caratterizzazione, anche la seconda va esclusa quando venga intesa in senso talmente debole da coincidere con la restituzione al medico di una piena libertà decisionale ed operativa, che equivarrebbe a conferirgli un indebito potere paternalistico, che implicherebbe il completo svuotamento di senso delle dichiarazioni anticipate stesse. Queste osservazioni dovrebbero togliere mordente alla questione del carattere più o meno vincolante delle dichiarazioni anticipate. La valenza etica di queste dichiarazioni dipende esclusivamente dal fatto che esse conservino la loro attualità nel processo di autonoma valutazione, operato dal medico, circa la corretta sussistenza nella fattispecie delle precise condizioni indicate dal paziente. Ne consegue che se il medico, in scienza e coscienza, si formasse il solido convincimento che i desideri del malato fossero non solo legittimi, ma ancora attuali, onorarli da parte sua diventerebbe non solo il compimento dell'alleanza che egli ha stipulato col suo paziente, ma un suo preciso dovere deontologico: sarebbe infatti un ben strano modo di tenere in considerazione i desideri del paziente quello di fare, non essendo mutate le circostanze, il contrario di ciò che questi ha manifestato di desiderare. È altresì ovvio che se il medico, nella sua autonomia, dovesse diversamente convincersi, avrebbe l'obbligo di motivare e giustificare in modo esauriente tale suo diverso convincimento, anche al fine di consentire l'intervento del fiduciario o curatore degli interessi del paziente».

²² Tribunale di Torino, 16 gennaio 2013, Corte di Cassazione, I sez. civile, 20 dicembre 2012, n.23707, Tribunale di Trento, 9 luglio 2002, Corte di appello di Trento 19 dicembre 2003, Corte di Appello di Trieste 25 ottobre 2003, Corte di Cassazione civile, sez. III, 15 settembre 2008, n. 23676, Corte di Cassazione civile, III sez., 23 febbraio 2007, n. 4211.

Corte di Cassazione 23676 del 2008, valutando l'“appropriatezza” della dichiarazione del TdG alla stregua dei criteri elaborati per le DAT. Si accerta l'attualità della dichiarazione resa sul cartellino, nonché la corretta informazione dell'interessato, percorrendo un *iter argometativo* il cui profilo prevalente, a fronte di una manifestazione di volontà inequivocabilmente espressa, è quello dei requisiti formali, unitamente alla latente preoccupazione di avallare l'intervento dei sanitari.

Posto che la dichiarazione del testimone di Geova viene equiparata, quanto alla possibilità di *tenerne conto*, alle dichiarazioni anticipate di trattamento, ci si chiede: i parametri in base ai quali si ritiene di poter prendere in considerazione una dichiarazione anticipata di volontà possono estendersi anche a quelle dichiarazioni in cui il rifiuto del trattamento scaturisce dal credo religioso? In altri termini, l'attualità della dichiarazione di rifiuto del trattamento e l'informazione del paziente dissenziente pesano sempre allo stesso modo, indipendentemente dal motivo della scelta?

Colui che rifiuta un trattamento sanitario per motivi diversi da quello religioso esplica la propria autonomia nel campo dell'autodeterminazione; colui che rifiuta un trattamento sanitario perché contrario ai suoi convincimenti religiosi esplica la propria autonomia non solo nel campo dell'autodeterminazione, ma anche in quello religioso: anzi, in questa ipotesi, l'autodeterminazione in campo sanitario è meramente strumentale rispetto all'obiettivo della piena esplicazione della libertà di religione che è senza dubbio quello esclusivo. Ci si chiede, allora, se questi differenti presupposti non debbano riflettersi in una diversa valutazione circa l'utilizzabilità delle dichiarazioni anticipate.

Prima di esaminare le indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza, sembra utile premettere che nella convinzione religiosa del testimone di Geova, sulla base di una certa lettura dei brani delle sacre scritture, la trasfusione rappresenta una grave disobbedienza a Dio; se può migliorare la sua condizione clinica, per altro verso, gli procura un *vulnus* spirituale incidendo sulle sue possibilità di vita ultraterrena²³.

È del tutto evidente che quest'ultimo profilo è considerato prevalente in chi porta il cartellino.

Nella citata sentenza del 2008²⁴ la Suprema Corte articola la decisione lungo

²³ G. PELLEGRINO, *Il rifiuto di trasfusioni da parte dei testimoni di Geova; tra diritto costituzionale all'autodeterminazione in materia sanitaria e attualità del dissenso*, cit., pag. 1127.

²⁴ Corte di Cassazione civile, sez. III, 15 settembre 2008, n. 23676.

due direttrici in cui sembra prevalere una ricostruzione accentuatamente formalistica²⁵;

- a) il profilo relativo all'informazione del paziente
- b) il carattere dell'attualità della dichiarazione resa mediante il cartellino.

Quanto al primo aspetto, la Corte si sofferma sulla necessità di una volontà non astrattamente ipotetica, ma accertata, sulla necessità di una intenzione non meramente programmatica bensì specifica, sulla necessità di una cognizione dei fatti non soltanto «ideologica», ma frutto di informazioni specifiche in ordine alla situazione sanitaria dell'interessato.

In proposito si rileva che se il paziente esprime un preventivo rifiuto di trattamento, sorretto da motivazioni religiose, in ipotesi, potrebbe non avere alcun bisogno delle informazioni sul suo quadro clinico per esercitare una volontà di autodeterminazione. In altri termini, se la scelta matura lungo un percorso che non è quello del rapporto medico – paziente, l'informazione potrebbe essere ritenuta del tutto irrilevante ai fini della valutazione. Se il rifiuto nasce da un convincimento religioso l'interessato potrebbe anche rinunciare ad essere informato; ne consegue che è semmai la rinuncia all'informazione a dover essere libera, consapevole, espressa²⁶.

In proposito, è opportuno evidenziare che la legge 219/2017 prevede espressamente la possibilità di rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni e che l'eventuale rifiuto sia registrato nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico²⁷.

Si legge, inoltre, nella sentenza che «il dissenso [...] deve esprimere una cognizione dei fatti non soltanto ideologica».

In merito si potrebbe quanto meno osservare che il bene tutelato dagli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione è l'autodeterminazione del singolo e non la razionalità della decisione²⁸. Peraltro, desumere dal presunto carattere 'ideologico' di una scelta l'inidoneità dei suoi contenuti (nella fattispecie del dissenso), potrebbe

²⁵ R. MASONI, *Il testimone di Geova tra legittimità, merito ed amministrazione di sostegno*, in «Dir. famiglia», 2009 I, pag. 58.

²⁶ M. GORGONI, *Libertà di coscienza v. salute: personalismo individualista v. paternalismo sanitario*, in «Resp. Civ. e Prev.», 2009, I, pag. 126, nonché F. GIUNTA, *Il consenso informato*, in «Riv. It. Dir. proc. Pen.», 2011, pag. 2.

²⁷ Art. 1, c. 3.

²⁸ G. PELLEGRINO, *Il rifiuto di trasfusioni da parte dei testimoni di Geova: tra diritto costituzionale all'autodeterminazione in materia sanitaria e attualità del dissenso*, cit., pag. 1128.

condurre anche a conclusioni potenzialmente inquietanti: non si sta, per caso, contrapponendo un'ideologia all'altra? E sulla base di cosa, se non di una presunta superiorità? In sintesi, la motivazione religiosa del dissenso rende il cartellino dei TdG qualcosa di diverso dalla Dichiarazione Anticipata la cui utilizzabilità è subordinata al consenso che a sua volta è subordinato all'informazione. Il cartellino del TdG non si colloca nello schema del consenso informato, si tratterebbe piuttosto, come è stato osservato, di «dichiarazioni reiterate di rifiuto trasfusionale», valide in quanto tali. È appena il caso di ribadire che la protezione di queste dichiarazioni si fonda sì sull'art. 32 Cost., come la DAT, ma anche sull'art. 19 Cost. che non compare nemmeno sullo sfondo.

Sul versante dell'attualità della dichiarazione, la sentenza pone l'accento su un problema di discontinuità temporale e di discontinuità psicologica. I dubbi si fondano, per un verso, sulla inidoneità del cartellino, a rendere attuale la decisione, troppo genericamente formulata; per altro verso, sulla possibilità che il paziente, dopo l'esibizione del cartellino, possa aggravarsi fino al pericolo di morte. In situazioni del genere nulla esclude che, sostenuto dall'innato senso di sopravvivenza, il paziente possa revocare il proprio dissenso.

In proposito affiorano due osservazioni. È sin troppo evidente che portare con sé un documento sottoscritto e controfirmato da due testimoni serve solo nel caso in cui la persona non sia nelle condizioni di manifestare il rifiuto in modo espresso ed attuale; da questo punto di vista, una DAT, indipendentemente dalle motivazioni che la sorreggono, è fisiologicamente destinata ad essere 'inattuale'. Il parere del Comitato Nazionale di Bioetica sul punto sembrerebbe sufficientemente risoluto: «poiché in queste situazioni una decisione di intervento o non intervento deve comunque essere presa, si ritiene preferibile far prevalere le indicazioni espresse dall'interessato quando era ancora nel pieno possesso delle sue facoltà e quindi, presumibilmente, coerente con la sua concezione della vita, piuttosto che disattenderle facendo appello alla possibilità di un presunto (ma mai comprovabile) mutamento della volontà nel tempo successivo alla perdita della coscienza»²⁹.

In secondo luogo, non si può non ribadire che la volontà può ritenersi sempre attuale perché non è in relazione con la malattia, non si è formata nel rapporto terapeutico medico – paziente, non ha natura relazionale. Ne consegue che concretezza ed attualità della scelta sono messe fuori campo dalla motivazione che la

²⁹ Parere del 18 dicembre 2003.

sottende. Sul versante dell'attualità l'unico elemento che può rilevare è quello del limite fino al quale si intende far valere il convincimento religioso³⁰.

Ma proprio su questo versante si manifesta la più evidente incoerenza nella valutazione delle medesime scelte dettate da finalità diverse. La valutazione circa l'attualità di una DAT, ossia l'accertamento su un eventuale ripensamento del paziente, è svolto dal medico attraverso il colloquio con i familiari, con riferimento alle motivazioni soggettive e personali che hanno determinato la scelta; è sempre il medico che valuta l'attualità della scelta per il profilo oggettivo, con riferimento cioè ad eventuali scoperte scientifiche che renderebbero meno gravose le condizioni che fondano il dissenso.

Diversamente, nel caso del dissenso determinato da un motivo religioso, l'accertamento su un eventuale ripensamento del paziente che, è appena il caso di dirlo, nella fattispecie equivale a rinnegare pressoché in toto il proprio credo religioso, sembrerebbe subordinato a condizioni più gravose: non è sufficiente il cartellino, né il colloquio con i familiari, ma si richiede che «a manifestare il dissenso al trattamento trasfusionale, sia o lo stesso paziente che rechi con sé una articolata, puntuale, espressa dichiarazione dalla quale inequivocamente emerga la volontà di impedire la trasfusione anche in ipotesi di pericolo di vita, ovvero un diverso soggetto da lui stesso indicato quale rappresentante *ad acta* il quale, dimostrata l'esistenza del proprio potere rappresentativo *in parte qua*, confermi tale dissenso all'esito della ricevuta informazione da parte dei sanitari».

Detto in altri termini, sembrerebbe che per il dissenso fondato su motivi religiosi operi una sorta di presunzione di ripensamento che non opera quando la scelta si fonda su motivi diversi da quello religioso. Si sancisce in tal modo una diversità incomprensibile: chi si oppone ad un trattamento sanitario perché, dal suo personale punto di vista, rifiuta una vita non dignitosa, sarebbe meno incline ad un ripensamento di chi rifiuta un trattamento per non affrontare una vita incompatibile con il proprio credo religioso che, al contrario, rappresenta forse il convincimento più saldamente radicato in una persona.

³⁰ In tal senso si vedano le riflessioni di R. MASONI, *I testimoni di Geova tra legittimità, merito ed amministrazione di sostegno*, cit., pag. 60, che ravvisa nel carattere dell'attualità un requisito logico ma non necessariamente temporale – cronologico. Analogamente M. GORGONI, *Libertà di coscienza v. salute; personalismo individualista v. paternalismo sanitario*, cit., pag. 128; L. D'AVACK, *Scelte di fine vita*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, in «Il Sole 24 ore», Milano, 2005; G. FACCI, *Le trasfusioni dei testimoni di Geova arrivano in Cassazione (ma la S.C. non decide)*, in «Resp. Civ. e Prev.», 9, 2007, pag. 1885.

Perplessità maggiori suscita la sentenza della Corte di Cassazione n.4211 del 2007. Il caso portato all'attenzione dei giudici riguarda un testimone di Geova che, ricoverato per subire un intervento chirurgico, manifesta ai sanitari il rifiuto di sottoporsi ad emotrasfusione, in un momento in cui le sue condizioni sono tali da escludere, secondo le valutazioni dei sanitari, un imminente pericolo di vita. I sanitari prospettano un intervento che non avrebbe richiesto trattamenti emotrasfusionali. Nel corso dell'intervento le condizioni del paziente peggiorano, fino a far temere un imminente pericolo di vita, scongiurabile solo praticando l'emotrasfusione. Si configura quindi una situazione radicalmente diversa da quella in cui il paziente ha formalizzato la sua scelta. I sanitari dubitano che il paziente avrebbe riconfermato il proprio dissenso di fronte al sopravvenuto pericolo di vita, ritengono che il rifiuto non debba più considerarsi operante e, nella impossibilità di interpellare il paziente anestetizzato, praticano la trasfusione.

I giudici di merito prima (Corte d'Appello di Trento) e la Cassazione dopo ritengono non arbitraria la condotta dei sanitari e ne escludono la responsabilità. A differenza della decisione prima ricordata, in questa circostanza l'iter argomentativo del giudice si incentra esclusivamente sul profilo della "attualità" della decisione e come si può constatare i motivi della decisione si fondano su due premesse costanti: 1) *in dubio pro vita* 2) presunzione di ripensamento del paziente.

La presunzione di un ripensamento del paziente è un elemento centrale nel comportamento dei sanitari e nella ricostruzione prospettata dai giudici. Secondo la Cassazione, la condotta dei medici sarebbe stata conforme all'art. 9 della Convenzione di Oviedo: i sanitari hanno «tenuto in considerazione» i desideri del paziente tanto che, nel corso dell'intervento, hanno interpellato telefonicamente il Procuratore della Repubblica ricevendone un implicito invito a proseguire.

C'è un passaggio della decisione che sembra meritevole di particolare attenzione. Con riferimento alle ragioni che hanno sorretto l'intervento dei sanitari, condivise dal giudice di merito, si afferma che «la motivazione si fonda su argomenti congrui e logici certamente aderenti ad un diffuso sentire in questo tempo di così vivo ed ampio dibattito sui problemi esistenziali della vita e della morte, delle terapie e del dolore». La volontà del paziente recede dunque in quanto espressione di una concezione minoritaria:³¹ Minoritaria rispetto a cosa? Rispetto al comune sentire di una maggioranza?

³¹ G. PELLEGRINO, *Il rifiuto di trasfusioni da parte dei testimoni di Geova; tra diritto costituzionale all'autodeterminazione in materia sanitaria e attualità del dissenso*, cit., pag. 1128.

Dopo l'entrata in vigore della legge 219/2017 il rifiuto della trasfusione può essere oggetto di una disposizione anticipata di trattamento, conseguentemente vincolante per il medico, a condizione che sia redatta con le modalità prescritte dall'art.4, c.6 della legge. È vero che le DAT sono atti che non hanno un vincolo di contenuto, ma l'obbligo di osservanza da parte del medico si configura solo per le disposizioni redatte conformemente alla legge. Ne consegue che, se per un verso è assicurata la vincolatività del dissenso all'intervento emotrasfusionale, per altro verso nessun vincolo potrebbe scaturire dal cartellino recante la dicitura *no sangue*, dal momento che una legge recante le modalità di espressione del consenso/dissenso, affinché produca un vincolo per i sanitari, oggi esiste.

Per quanto riguarda il dissenso espresso da persona in stato di coscienza, nessun problema dovrebbe porsi, posto che il rifiuto di trattamenti medici non può essere limitato in ragione della motivazione religiosa che lo sottende.

3. Risarcimento del danno e responsabilità penale dei sanitari per l'inosservanza del dissenso alla emotrasfusione: il reato di violenza privata nella recente giurisprudenza

Sul versante della giurisprudenza in ambito civilistico, talvolta, nell'accoglimento delle pretese risarcitorie a favore dei testimoni di Geova, si è ravvisato l'implicito riconoscimento da parte dei giudici della rilevanza delle preventive dichiarazioni di dissenso³². In proposito non può però sfuggire, *in primis*, la difficoltà della oggettiva quantificazione del pregiudizio subito, difficoltà che si riconduce a un profilo preliminare e ben più complesso: la definizione di «quale danno» si risarcisce³³.

In proposito sembra opportuno distinguere il pregiudizio che può scaturire dalla lesione dell'autodeterminazione dalle conseguenze riconducibili al danno biologico che, essendo delimitato dalla integrità psico-fisica di una persona, risulta oggettivamente certificabile sotto il profilo medico³⁴.

³² G. E. POLIZZI, *In scienza e incoscienza. Cenni critici sul disegno di legge Calabrò alla luce del divieto geovista alle emotrasfusioni*, in *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, a cura di A. D'Aloia, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, pag. 275.

³³ Sul punto si vedano le osservazioni di S. CACACE, *Il rifiuto del trattamento sanitario, a scanso di ogni equivoco*, in «Riv. It. di medicina legale», 2, 2014, pag. 547.

³⁴ B. SALVATORE, *La lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica: violazione del consenso e risarcimento del danno*, in *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, cit., pag. 297.

La lesione del diritto all'autodeterminazione si compie per il tramite di un'altra lesione da cui potrebbe scaturire anche un danno biologico. Ma quest'ultimo, essendo solo strumentale, non pregiudica il bene che l'ammalato dissenziente intende proteggere in via prioritaria: la scelta individuale, non condivisibile, (talvolta conclusiva),³⁵ basata sulla propria concezione di benessere, in cui si hanno un peso non marginale anche le convinzioni religiose.

La violazione del diritto di autodeterminazione si compie nel preciso istante in cui «un corpo è stato invaso oltre la soglia contrassegnata dal suo titolare³⁶, perché quella soglia segna un limite invalicabile di rispetto della persona umana, nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive»³⁷.

Ne consegue che il pregiudizio cagionato dalla privazione della libertà di scelta si sottrae per sua natura ad una ponderazione che pretenda di essere oggettiva e uguale per tutti.

Per quanto riguarda il profilo penalistico, la giurisprudenza ha evidenziato nel tempo una progressiva attenuazione dell'orientamento sanzionatorio nei confronti del personale medico³⁸. Una linea di tendenza che è riscontrabile sia nelle ipotesi in cui i sanitari, attenendosi alla volontà del paziente, non hanno praticato la trasfusione, con esiti infausti, sia nella ipotesi in cui la trasfusione è stata praticata contro la volontà del degente. Nel primo caso l'originaria imputazione di omicidio volontario si è talvolta risolta nella fattispecie dell'omicidio colposo, quando non si è conclusa con una sentenza di assoluzione, sulla base della non riconducibilità delle trasfusioni al novero dei trattamenti sanitari obbligatori, a norma dell'art. 32 Cost. Nelle ipotesi di trasfusione praticata contro la volontà del paziente la responsabilità del medico è stata esclusa in tutti i casi di necessità sopravvenuta nel corso dell'intervento, condizione nella quale il consenso si è dato per presunto.

In una diversa prospettiva, più coerente con lo spirito della legge 219, si possono annoverare due recenti decisioni³⁹ del giudice di merito che per la prima vol-

³⁵ M. VILLONE, *Il diritto di morire*, Scriptaweb, Napoli, 2011, pag. 51.

³⁶ S. CACACE, *Il rifiuto del trattamento sanitario, a scanso di ogni equivoco*, in «Riv. It. di medicina legale», cit., pag. 558.

³⁷ Sentenza del Giudice Istruttore del Tribunale di Firenze, II sez.civ., 2 dicembre 2008.

³⁸ E. FALLETTI, *Autodeterminazione, libertà religiosa e consenso medico*, in *Osservatorio dei diritti fondamentali in Europa*, 2018, www.europeanrights.eu.

³⁹ Sulle quali si veda la nota di B. FUGGIANO, *Esplicito rifiuto dell'emotrasfusione da parte del Testimone di Geova e reato di violenza privata del medico*, 2018, in www.almustudiolegale.it.

ta sanciscono la responsabilità penale del medico per il reato di violenza privata, in base all'art. 610 c.p.

Entrambe le decisioni riguardano due pazienti aderenti alla Congregazione dei testimoni di Geova sottoposti a terapia emotrasfusionale, nonostante il rifiuto espresso e annotato nella cartella clinica.

Il primo caso al vaglio del giudice coinvolgeva una donna che, dopo il ricovero per una grave forma di anemia, esprimeva il proprio dissenso alla terapia trasfusionale in condizioni di piena capacità. Divenuta incapace di intendere e di volere per il peggioramento della patologia, le viene praticata la trasfusione, nonostante il dissenso espresso anche dall'amministratore di sostegno, nel frattempo nominato dal giudice tutelare su ricorso del marito.

Il GIP di Tivoli, con l'ordinanza 11 febbraio 2017, archivia il procedimento a carico dei sanitari per abuso d'ufficio (art.323 c.p.) e trasmette gli atti alla Procura della Repubblica per il reato di violenza privata di cui all'art.610 c.p., nonché per la omessa esecuzione dolosa di un provvedimento emesso dal giudice tutelare (art. 388, c.2, c.p.).

È opportuno evidenziare che la Cassazione aveva in precedenza escluso la responsabilità penale per il reato di violenza privata nei confronti del medico che aveva praticato un intervento diverso e più invasivo di quello per il quale era stato acquisito il consenso⁴⁰.

Il GIP di Tivoli ritiene di non doversi uniformare all'orientamento della Cassazione, muovendo dalla differenza tra il mancato consenso all'intervento medico, ipotesi sulla quale si è espressa la suprema Corte, e l'espresso dissenso manifestato in condizioni di lucidità.

Peraltro, ad avviso del GIP, in quest'ultima ipotesi, nemmeno è invocabile la scriminante dello stato di necessità, dal momento che «il sanitario a cui venga opposto un esplicito, libero e valido dissenso non deve e non può procedere al trattamento sanitario rifiutato: non deve, perché l'obbligo professionale e deon-

⁴⁰ Cassazione penale, sezioni unite, 2437/2009 in cui si legge «ove il medico sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, e tale intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis*, si sia concluso con esito fausto, nel senso che dall'intervento stesso è derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute, in riferimento, anche alle eventuali alternative ipotizzabili, e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte del paziente medesimo, tale condotta è priva di rilevanza penale, tanto sotto il profilo della fattispecie di cui all'art. 582 cod. pen., che sotto quello del reato di violenza privata, di cui all'art. 610 cod. pen.».

tologico viene meno con quel rifiuto; non può farlo, neanche invocando l'art. 54 c.p., perché trattasi di norma ordinaria, di rango inferiore all'art. 32 comma 2 Cost.». Successiva all'entrata in vigore della legge 219 è la sentenza 30 maggio 2018, n.465 pronunciata dal Tribunale di Termini Imerese⁴¹ per un caso particolarmente eclatante che coinvolgeva una donna ricoverata per l'asportazione di un feto privo di vita alla quale viene praticata la trasfusione ritenuta indispensabile in rapporto ai bassi valori di emoglobina che, in base alle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio, non avrebbero comunque comportato pericolo di vita.

Anche in questa circostanza si esclude l'invocabilità dello stato di necessità (art.54 c.p.) per un duplice ordine di motivi: in primis perché lo stesso opera solo in mancanza di un dissenso esplicito e, in secondo luogo, perché non si configurava il rischio di un esito infausto per la paziente.

Alla decisione del Tribunale siciliano⁴², scandita attraverso una puntuale disamina degli orientamenti giurisprudenziali e delle fonti nazionali e sovranazionali, va senz'altro il merito di avere sancito che lo stato di necessità di cui all'art.54 c.p. non può essere «invocato come un grimaldello capace di scardinare ogni diritto della persona»⁴³.

Il giudice fissa il perimetro del legittimo intervento dello stato di necessità assumendo come limiti di un confine invalicabile non solo i principi costituzionali enunciati negli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione, ma anche il principio che tutela la libertà di religione nell'art. 19 Cost.

Il richiamo è di grande significato perché colui che rifiuta l'intervento medico per motivi religiosi esercita il diritto ad autodeterminarsi sul terreno della propria fede, prima ancora che in campo sanitario.

La omologazione tra rifiuto del trattamento per motivi religiosi e autodeterminazione in campo sanitario *tout court* sembra talvolta acritica: i requisiti che devono assistere il rifiuto di un trattamento sanitario, come l'informazione o l'attualità, andrebbero diversamente calibrati in ragione della motivazione religiosa che, probabilmente, ne esclude in radice l'utilità. Per convincersene è sufficiente

⁴¹ <https://www.altalex.com/documents/altalex/massimario/tribunale/2018/465/cause-di-non-punitibilita-scriminanti-in>

⁴² Sulla quale L. MARSELLA, F. PAPINI, *Sulla configurabilità del reato di violenza privata nel caso di trattamento medico arbitrario*, in «Giurisprudenza penale», 9/2018.

⁴³ Secondo l'espressione di A. SANTOSUOSSO, in: *Di una triste trasfusione ematica a Milano. Le parole e le cose: a proposito di "violenza etica" su un paziente*, in «Bioetica», 2000, vol. 8, fasc. 3, pag. 455.

prendere atto che nel caso dei testimoni di Geova c'è innanzi tutto una autodecisione religiosa che, del tutto occasionalmente, si incrocia con la decisione terapeutica⁴⁴.

⁴⁴ M. GORGONI, *Libertà di coscienza v. salute; personalismo individualista v. paternalismo sanitario*, cit., pag. 130.