

PALASS
PUBBLICAZIONI DELL'ASSOCIAZIONE LATINA
PER L'ANALISI DEI SISTEMI SANITARI

4

Direttore

Monica DE ANGELIS
Università Politecnica delle Marche

Comitato scientifico

Maurizio Antonio BATTINO
Università Politecnica delle Marche

Roxane BORGÈS DA SILVA
Université de Montréal

Carlo DE PIETRO
Université de Lausanne

Gianfranco DOMENIGHETTI †
Università della Svizzera italiana

Magda DUARTE DOS ANJOS SCHERER
Universidade de Brasília

Guy DURANT
Université Catholique de Louvain

Marie–Pierre GAGNON
Université Laval

Ana Maria MALIK
Universidade de São Paulo

Catherine MAURAIN
Université de Bordeaux

Abdesselam TALEB
Université Hassan II de Casablanca

Carolina TETELBOIN
Universidad Autónoma Metropolitana

Véronique ZARDET
Université Jean Moulin Lyon 3

PALASS
PUBBLICAZIONI DELL'ASSOCIAZIONE LATINA
PER L'ANALISI DEI SISTEMI SANITARI



PALASS–Italia è la collana di pubblicazioni scientifiche italiane collegata ad ALASS (Associazione latina per l’analisi dei sistemi sanitari), associazione scientifica e professionale a cui aderiscono ricercatori e docenti universitari nonché professionisti che operano nel settore sanitario e che hanno interessi comuni nel contribuire alla soluzione dei numerosi problemi propri ai sistemi sanitari. L’ALASS è focalizzata sui sistemi sanitari dei paesi latini poiché parte dal presupposto che esiste un denominatore comune nella cultura latina il quale si manifesta, tra l’altro, nel modo di concepire la qualità della vita, nei comportamenti in materia di promozione della salute e nell’utilizzo dei servizi sanitari, senza per questo dimenticare le peculiarità nazionali, regionali o locali. Poiché lo studio dei sistemi sanitari coinvolge molteplici dimensioni (comunitaria, organizzativa, professionale, sociologica, politica, economica, ecc.), l’ALASS promuove un approccio multidisciplinare, favorendo una visione globale e sistemica volta a facilitare la soluzione dei problemi che i sistemi sanitari pongono.

L’idea della collana PALASS nasce dalla consapevolezza che il lavoro di gruppo e lo scambio delle esperienze e delle idee sui progetti di ricerca possa andare oltre, ap-

prodando sul terreno delle pubblicazioni scientifiche. Il Comitato ALASS nella sua strategia di sviluppo dell'associazione ha deciso di sostenere e, dunque, di mettere a servizio dei soci, un luogo dove pubblicare monografie, studi e ricerche aventi ad oggetto le tematiche comprese nelle finalità dell'ALASS. Ed, infatti, sono state istituite tre differenti sezioni all'interno di PALASS: Monografie, Studi e ricerche, Collettanee. PALASS-Italia è soprattutto votata agli aspetti giuridici e gli studiosi troveranno anche questo spazio per riflettere su questioni che riguardano i sistemi sanitari nella loro complessità.

Classificazione Decimale Dewey:

344.04 (23.) DIRITTO IN MATERIA DI PROBLEMI E SERVIZI SOCIALI VARI

I volumi pubblicati nella presente collana sono stati oggetto di procedura di doppio referaggio anonimo cieco (*double blind peer review*) secondo un regolamento approvato dal Comitato ALASS. La Redazione PALASS ne conserva la relativa documentazione.

IL DIRITTO ALLA SALUTE: TENSIONI E SVILUPPO

a cura di

**MARTA CERIONI
MONICA DE ANGELIS**

contributi di

FEDERICA RASSU





ISBN
979-12-218-0675-5

PRIMA EDIZIONE
ROMA 28 DICEMBRE 2022

INDICE

MONICA DE ANGELIS
Introduzione. Enti e pazienti fra pandemia e nuovi diritti.....9

MARTA CERIONI
Il fine vita tra lacune normative e giurisprudenza costituzionale.....15

MONICA DE ANGELIS
Diritto a informare e a essere informati per l'appropriatezza delle cure. Uno sguardo diverso sul consenso informato41

FEDERICA RASSU
L'équilibre difficile entre éthique et santé dans les sources européennes : les nouveaux défis posés par la e-santé européenne.....91

* * *

MARTA CERIONI
Rapporti UE-Stato-Regioni in epoca pandemica. Eziologia ed esgesi di un conflitto prevedibile.....115

MONICA DE ANGELIS
Ripensare il rapporto fra centro e periferia nel sistema sanitario italiano dopo la pandemia da Covid 19.....149

FEDERICA RASSU
L'Union européenne face à la crise de la Covid 19: un premier bilan.....197

ABSTRACT DEI CONTRIBUTI.....213

AUTRICI.....219

NdC: Per ogni tema, i contributi sono indicati in ordine alfabetico di Autrice.

Introduzione. Enti e pazienti fra pandemia e nuovi diritti

Monica De Angelis

E' possibile individuare un tema conduttore dei sei contributi presenti in questo volume: l'appropriatezza, la quale chiama in causa i molteplici attori di un sistema sanitario nei diversi contesti in cui essi si muovono. Come ricordato nel contributo *Diritto a informare e a essere informati: il consenso informato per l'appropriatezza delle cure*, per *Slow Medicine* offrire appropriatezza, cioè la giusta cura, erogata dalla giusta istituzione o dal giusto professionista, al giusto paziente, nel giusto posto, nel giusto tempo, è un obiettivo tanto scontato da perseguire, quanto difficile da ottenere. Anche per questo, sin dalla fine degli anni Novanta del secolo scorso il termine appropriatezza è stato il filo conduttore dei principali documenti nazionali di programmazione sanitaria: le prestazioni che fanno parte dell'assistenza erogata, non possono essere considerate essenziali, se non sono appropriate e non verranno erogate quelle prestazioni la cui efficacia non sia stata sufficientemente provata in ambito scientifico. Appropriatezza, inoltre, si coniuga con il rispetto del paziente, con una comunicazione onesta, attenta e completa, attenzione all'ambiente e all'ecosistema. Appropriatezza, infatti, indica anche sobrietà, utilizzo in modo oculato e senza sprechi delle risorse disponibili. Ma appropriatezza si declina anche con dignità, come si evince nel saggio *Il fine vita tra lacune normative e giurisprudenza costituzionale*, all'interno del quale viene sottolineato come la società civile invochi nuovi spazi di per il diritto alla salute, un diritto la cui tutela è appropriata quando l'assistenza è anche frutto di un servizio sanitario in grado di alimentare la creazione di nuovi spazi e nuove declinazioni del diritto in parola proprio per rispettarne l'effettività.

La pandemia ha minato molte delle declinazioni dell'appropriatezza, avendo rappresentato un evento destabilizzante per molti assetti normativi, istituzionali, organizzativi. La stessa Unione europea ha dovuto fronteggiare per la prima volta una crisi sanitaria di enorme portata, con conseguenze per gli Stati membri ma anche per i loro cittadini. Nel contributo *L'Union européenne face à la crise de la Covid 19: un premier bilan* si sottolinea come gli Stati membri si siano in un primo momento concentrati soprattutto sulla necessità di proteggere la vita e la salute dei cittadini, reazione questa che ha permesso l'emergere di egoismi nazionali e misure disperate, non concertate o coordinate a livello europeo, incidendo negativamente dunque sull'appropriatezza degli interventi. Tali decisioni hanno portato ad esempio alla sospensione di libertà importanti come quella della libera circolazione alla base del mercato unico. E solo dopo i primi contraccolpi, l'UE ha potuto dispiegare finalmente innanzi tutto la sua forza, quella dell'unità di fronte alla crisi sanitaria, perché gli Stati membri si sono resi conto che un'azione congiunta sarebbe stata ben più efficace delle singole azioni nazionali. Quindi, progressivamente una azione dapprima limitata, a causa della competenza nazionale in materia di salute, poi coordinata e volta soprattutto a sostenere la ripresa economica dopo la crisi sanitaria. La pandemia di Covid-19 ha mostrato i limiti della distribuzione delle competenze all'interno dell'UE, le debolezze della politica sanitaria europea e la necessità di una spinta riformatrice. Per la prima volta, gli Stati membri all'interno dell'UE hanno deciso di mobilitare un importo di oltre 1.800 miliardi di euro, finanziando parte di tale importo con prestiti erogati dall'UE al fine di promuovere riforme con un orientamento significativo verso la sostenibilità ambientale. E sempre per la prima volta, è stata stabilita una condizionalità tra la mobilitazione di risorse del bilancio europeo e il rispetto dello stato di diritto.

I fondi stanziati dalla UE hanno attivato un processo riformatore che sta investendo Paesi come l'Italia. Qui il PNRR, con le sue sei missioni, procede su binari in cui la digitalizzazione dovrebbe guidare le scelte. E questo anche nel settore della tute-

la della salute, profondamente colpito dalla pandemia che ha svelato con grande chiarezza i non appropriati criteri di allocazione delle risorse (scarse) e le logiche di definanziamento che nelle ultime decadi hanno guidato la gestione del sistema sanitario italiano. Nel saggio Ripensare il rapporto fra centro e periferia nel sistema sanitario italiano dopo la pandemia da Covid 19 si argomenta come l'incapacità del Ssn di rispondere adeguatamente alla domanda di cura dei pazienti già evidenziata in periodo pre-pandemico si sia acuita enormemente durante l'emergenza. E ciò anche perché – come in molti Paesi – l'Italia si è trovata nelle condizioni di dovere affrontare la pandemia da Covid 19 con una rete normativa relativa alla gestione delle emergenze in materia sanitaria complessa e frammentata (e per certi versi anche superata), in cui gli enti e i pazienti coinvolti sono rimasti imbrigliati. La traumatica esperienza pandemica ha insegnato, che occorre sviluppare il più possibile la capacità del sistema di adattarsi con una certa rapidità alle situazioni nuove e che vi è una forte necessità di integrazione, non solo tra ospedale e territorio, ma anche – ad esempio - fra il sociale e il sanitario, tra servizi residenziali e domiciliari, tra i diversi attori professionisti delle cure. La pandemia ha confermato che l'effettività del diritto alla salute passa attraverso una organizzazione funzionale al territorio di riferimento: la buona sanità, infatti, tiene conto della appropriatezza nella erogazione dei servizi, della qualità del personale, della dimensione dell'assistenza ospedaliera proporzionata all'assistenza territoriale e domiciliare, dell'integrazione tra professionisti sanitari e enti sociali. Sembra quasi che il sistema sanitario italiano non sia abbastanza in linea con le esigenze attuali dei pazienti, le cui aspettative post Covid stanno peraltro, aumentando: come è stato rilevato nel citato contributo, ad esempio, il 94,0% della popolazione ritiene indispensabile avere sul territorio strutture sanitarie di prossimità, con medici di medicina generale, specialisti e infermieri cui potersi rivolgere nell'arco dell'intera giornata; e per il 70,3% è prioritario un più ampio ricorso al digitale e alla telemedicina per effettuare controlli, diagnosi e cure a distanza.

Ancora una volta emerge con forza l'importanza dell'utilizzo delle nuove tecnologie e l'applicazione della digitalizzazione per riformare i sistemi sanitari. Proprio in uno dei saggi di questo volume *L'équilibre difficile entre éthique et santé dans les sources européennes: les nouveaux défis posés par la e-santé européenne*, tuttavia, si fa notare come l'impiego delle tecnologie digitali nell'ambito della tutela della salute presenti nuove sfide etiche e susciti riflessioni nel campo della bioetica. Per certo, lo sviluppo di strumenti tecnologici in ambito sanitario va accompagnato dalla salvaguardia dei diritti dei pazienti ricercando un equilibrio tra la necessità di promuovere l'innovazione scientifica e la tutela dei diritti delle persone. L'impianto normativo deve essere dunque adeguato. La stessa UE cerca di conciliare questa esigenza e tali obiettivi attraverso una serie di interventi riguardanti l'istituzione e la gestione di un mercato unico digitale e aprendo nuove possibilità per lo sviluppo dell'*e-health* a livello europeo. In particolare, l'azione dell'Unione mira a rimuovere gli ostacoli ancora esistenti alla circolazione dei dati sanitari all'interno del mercato unico, al fine di promuovere la ricerca e l'innovazione attraverso la disponibilità di dati sanitari comparabili e di alta qualità, tenuto conto che lo sviluppo di strumenti digitali e dell'intelligenza artificiale richiede lo scambio e la fornitura di una grande quantità di dati diversi.

Ma per riformare i sistemi sanitari, come risulta nel saggio *Rapporti UE-Stato-Regioni in epoca pandemica. Eziologia ed esegesi di un conflitto prevedibile*, è assai importante anche la rimodulazione delle competenze fra i livelli di governo. Perché, come la pandemia ha evidenziato, il quadro delle competenze che emerge è composito e ciò non agevola l'effettività o l'appropriatezza. Segnatamente, con riferimento alla ripartizione fra UE e Stati membri tale quadro appare a "geometria variabile", laddove da un lato, si mantengono in capo agli Stati membri la politica sanitaria, l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica; ma anche la gestione dei servizi sanitari, dell'assistenza medica e l'assegnazione delle risorse finanziarie per sostenerli; dall'altro, si massimizza la

competenza di coordinamento dell'U.E. in alcuni specifici ambiti che coinvolgono confini transnazionali con una incisività per gli Stati membri da apparire prescrittiva nell'attuazione da parte degli Stati membri. Conseguentemente, i conflitti di competenza che eventualmente si ingenerano sono, sostanzialmente, da un lato, volti a richiedere all'UE di inserirsi nel dibattito e decidere; dall'altro si tratta di conflitti che vengono risolti nell'organo politico del Consiglio europeo e del Consiglio con la mediazione della Commissione Europea, mostrando con ciò la natura ancora intergovernativa della modalità decisionale. La pandemia ha spinto a riflettere sulla necessità di procedere verso un metodo decisamente più federalista che guardi davvero all'«unione sempre più stretta fra i popoli d'Europa» provando almeno ad utilizzare più spesso meccanismi già sperimentati con un certo successo come quello della cooperazione rafforzata.

Con riferimento, invece, al livello statale le difficoltà che il riparto di competenze Stato-Regioni ha mostrato dal 2001 in poi non può considerarsi accettabile. Invero, a partire dalla modifica del Titolo V della Costituzione i rapporti istituzionali multilivello e il sistema delle fonti sono stati caratterizzati da un profluvio non sempre coerente di norme che hanno minato i progetti di riforma della sanità italiana e hanno costretto la Corte costituzionale a intervenire per ripristinare la coerenza costituzionale. Occorre dunque mettere mano su più fronti per evitare non solo che situazioni di crisi possano destabilizzare il sistema, ma soprattutto costruiscano solide basi per una sanità moderna e un diritto alla salute effettivo: ad esempio, una rimodulazione delle competenze legislative ed amministrative; l'attivazione più frequente dell'art. 120 Cost. o eventualmente una sua modifica per renderlo più applicabile come meccanismo unificante; la presenza di un piano nazionale ed europeo in caso di epidemia che consenta l'attivazione di poteri congrui.

Il fine vita tra lacune normative e giurisprudenza costituzionale

Marta Cerioni

SOMMARIO: 1. La delimitazione del tema del fine vita in Italia alla luce della Costituzione; - 2. Il caso dei testimoni di Geova; - 3. Il fine vita e la libertà di scelta per gli inabili; - 4. Il caso di Piergiorgio Welby; - 5. Il caso di Eluana Englaro; - 6. Le DAT e il consenso informato; - 7. Il caso di DJ Fabo; - 8. La decisione della Corte costituzionale sul caso Cappato; - 9. Il seguito della sentenza: il caso di Mario; - 10. ... nel frattempo, la richiesta di Referendum abrogativo; - 11. L'esito giurisprudenziale del caso di Mario; - 12. Alcune parziali conclusioni per un ordinamento come sistema.

1. La delimitazione del tema del fine vita in Italia alla luce della Costituzione

La libertà di cura prevista dall'art. 32 Cost.¹ implica non solo il diritto di farsi curare e richiedere una prestazione “positiva” ma

¹ Cfr., *ex multis*, C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Scritti*, II, Milano, 1972, 433 ss.; M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 802 ss.; L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in *Atti del convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, L'ordinamento sanitario, I, L'amministrazione sanitaria*, Vicenza, 1967, 107; D. VINCENZI AMATO, *sub art. 32*, in *Comm. Cost. Branca*, Rapporti etico-sociali, Bologna-Roma, 1976; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1980, 769 ss.; G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1981, 755 ss.; G. ALPA, B. PEZZINI, *Diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, 1983, 31 ss.; G. ALPA, *Il danno biologico*, Padova, 1993; BOTTARI, *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, Milano, 1991; D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 2461 ss.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, 1984, 52; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1980, 780 ss.; S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1979, 903 s.; A. ALGOSTINO, *I*

anche il diritto di rifiutare di curarsi (ovviamente purché ciò non leda il diritto all'altrui salute)². In tale ultimo caso, è possibile somministrare dei trattamenti sanitari obbligatori proporzionali alla tutela del diritto alla salute di terzi. Il diritto alla salute viene reso effettivo nella sua accezione di "interesse collettivo".

Questi principi dapprima hanno avuto dei profili di emersione piuttosto difficoltosi poi consolidatisi nella giurisprudenza costituzionale ed infine sono stati recepiti dalla legge n. 217 del 2019 e dal Decreto-legge 7 giugno 2017, n. 73, recante disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale³. Pertanto, è possibile dire che non siano più ragionevolmente in discussione⁴.

possibili confini del dovere alla salute, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, 3209 ss.; M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Diritto di rifiutare le cure*, in *Digesto, Discipline Penalistiche*, vol. IV, Torino, Utet, 1990, 32. Sterminata è la bibliografia attuale che si citerà di volta in volta nel corso del presente saggio.

² Cfr. E. DALY, *La distinzione fra trattamento sanitario "obbligatorio" e trattamento sanitario "coattivo" nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale. Luci ed ombre*, in *Corti supreme e salute*, n. 3/2022, 1 ss. per la differenziazione. Sul rifiuto delle cure e l'interesse collettivo e pubblico, v.: G. GEMMA, *Diritto a rifiutare cure ed interessi costituzionali diversi dalla salute pubblica*, in *Rivista AIC*, 2/2017.

³ Così come modificato dalla Legge di conversione 31 luglio 2017, n. 119, e la relativa giurisprudenza sulle vaccinazioni obbligatorie.

⁴ Cfr. le sentenze di Corte cost., nn. 27/1998, 107/2012, 268/2017 e 118/2020 nonché il principio dell'equo indirizzo per eventuali danni negativi che non è mai stato messo in discussione. Cfr. D. MORANA, *Obblighi e raccomandazioni in tema di vaccinazioni, tra discrezionalità legislativa ed estensione del diritto all'equo indennizzo*, in *Osservatorio Costituzionale*, n. 1/2021, 233 ss. che pone la distinzione fra «La distinzione tra vaccinazioni rese obbligatorie per legge (ai sensi dell'art. 32, comma 2, Cost.) e quelle "meramente" raccomandate dalle autorità sanitarie non può giustificare una differenziazione nella risposta dell'ordinamento a favore di chi ne risulti eventualmente danneggiato: nell'una come nell'altra ipotesi il principio di solidarietà deve operare con la stessa forza, rinsaldando il legame indissolubile che sussiste, anche quando meno visibile e non tradotto in vincoli giuridici, tra la dimensione collettiva e quella individuale della tutela della salute. Il "contemperamento" tra diritti individuali ed esigenze collettive nell'ambito di campagne vaccinali deve perciò ricondursi ad una logica di equiparazione delle ipotesi di vero e proprio obbligo di trattamento a quelle in cui vi sia la

Più precisamente, la questione del fine vita coinvolge il profilo del rifiuto di trattamenti sanitari e, ivi, il diritto alla salute viene in rilievo nella “dimensione individuale” purché il rifiuto stesso non comporti la contestuale lesione di diritti altrui di pari rango (ad es., qualora la malattia fosse contagiosa e si rifiutasse la profilassi, conducendo all’emersione del diritto collettivo). Il bilanciamento che è stato cristallizzato tra libertà e sicurezza, attraverso la lente della dignità umana, prevede che la bilancia penda a favore dell’autodeterminazione ovvero che anche nel caso in cui dal rifiuto del trattamento sanitario possa derivare, con ragionevole certezza, l’evento morte, il sanitario è obbligato a sospendere il trattamento. Ovviamente, il medico dovrà informare il paziente in maniera accurata degli esiti infausti, con termini a lui comprensibili ed accertarsi che abbia capito. Dopo queste attività (previste dalla l. 219/2017), il medico dovrà rispettare la scelta del paziente anche se condurrà alla morte. La scelta di rifiutare la cura salvavita, in ogni caso, non esime il medico dal generale dovere di alleviare il dolore al paziente con tutti i mezzi. Questo principio mantiene salda la tutela della dignità umana e valorizza il principio solidaristico, anche in casi estremi. Anzi, proprio perché giunti agli ultimi istanti di vita, questi richiedono attenzioni adeguate che rispettino la volontà del paziente ma che non lo abbandonino al dolore fisico e psicologico del trapasso. In altri termini, la scelta di porre fine alla propria vita, rifiutando un trattamento, non conduce alla degradazione della persona a cosa, non consente al medico di disinteressarsi di ciò che, in ogni caso, il paziente prova. Per tale via, infatti, la legge consente anche l’opzione della sedazione profonda.

Da quanto appena espresso, potrebbe sembrare che il campo sia oramai limpido e che tutte le situazioni del reale possano trovare una adeguata soddisfazione normativa. Non è così: i casi di fine vita contengono una panoplia differente di situazioni reali, alcune delle quali ancora non adeguatamente normate.

sottoposizione volontaria alle misure di profilassi incluse nel quadro di una attività pubblica di sensibilizzazione e promozione» (p. 234).

Nel corso del presente lavoro, pertanto, si affronteranno sinteticamente i casi emersi, in ordine cronologico, nell'ambito dell'ordinamento giuridico e a cui la giurisprudenza ordinaria ha dovuto dare una risposta, grazie al divieto di *non liquet* attraverso i principi generali del diritto. Sarà anche una carrellata giurisprudenziale collegata ai metodi di integrazione dell'ordinamento che porteranno a delle riflessioni conclusive sulla teoria dell'interpretazione costituzionale per valori⁵ che consente alla Costituzione di esplicitare massimamente la propria effettività, risultando normogenetica⁶.

2. Il caso dei testimoni di Geova

Dal punto di vista cronologico, i primissimi casi di rifiuto di cure si sono verificati in seguito all'esercizio libero di una professione religiosa⁷, andando a saldare queste due differenti libertà. In particolare, ci si riferisce ai testimoni di Geova e al loro rifiuto delle emotrasfusioni, ove la loro libertà religiosa è pienamente rispettata e si sostanzia nella libertà di scelta di rifiutare le cure (sempre dopo espresso consenso del paziente reso precedentemente edotto del rischio). Come espresso dalla suprema giurisprudenza della Corte di Cassazione «la posizione soggettiva fatta valere risulta quindi qualificata dal duplice e concorrente

⁵ F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 27 ss.

⁶ Cfr. anche F. MODUGNO, *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 9 ss. nonché ID., *La "supplenza" della Corte costituzionale*, *ibidem*, 107 ss.

⁷ La sentenza della Corte di Cassazione n. 29469 del 2020 ribadisce come quella dei Testimoni di Geova non sia solo «mera autodeterminazione sanitaria, ma una vera e propria forma di obiezione di coscienza [...] se un Testimone di Geova accettasse volontariamente una trasfusione di sangue, ciò equivarrebbe ad un atto di abiura della propria fede». Pertanto, «non si tratta, quindi, di rispettare solo il corpo della persona nella sua fisicità, ma di rispettare la persona umana nella sua interezza, ossia nei suoi valori morali, etici e religiosi».

riferimento al principio di autodeterminazione circa il trattamento sanitario e alla libera professione della propria fede religiosa»⁸.

I principi costituzionali coinvolti sono quelli riferiti all'autodeterminazione sanitaria ovvero distinta anche rispetto al diritto alla salute che trova fondamento nei principi degli artt. 2, 13 e 32 Cost.⁹ già ampiamente trattati dalla sentenza della Corte costituzionale n. 438 del 2008¹⁰ ove il «consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che “la libertà personale è inviolabile”, e che “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”»¹¹.

Per il profilo della libertà religiosa, il fondamento costituzionale del diritto di rifiutare il trattamento sanitario è direttamente con l'art. 19 Cost.¹², specialmente per i casi in cui il paziente era un Testimone di Geova¹³. La “libertà di professare una fede” è stata interpretata dalla giurisprudenza costituzionale non solo come libertà negativa ovvero indifferenza dello Stato al fenomeno religioso ma anche come tutela del pluralismo laico, massima espressione di libertà per tutti¹⁴.

Qualora il testimone di Geova sia il genitore che eserciti la potestà genitoriale sul figlio che dovrebbe ricevere le cure, il

⁸ Cass. Sent. sez. III civ. n. 29469/2020, p. 10.

⁹ Cfr. Corte Cass. Sent. 11 novembre 2019, n. 28985.

¹⁰ Cfr. i commenti di R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Rivista AIC*; C. CASONATO, *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

¹¹ Punto n. 4 del *Cons. in dir.*

¹² Cfr. Corte cost. sentt. nn. 334 del 1996; 195 del 1993; 203 del 1989.

¹³ Cass., 7 giugno 2017, n. 14158 e 15 maggio 2019, n. 12998.

¹⁴ Cfr. Corte cost. sent. n. 67 del 2017.

medico dovrebbe non solo ascoltare i genitori ma anche il minore in ragione della sua età e del grado di maturità. In ogni caso, è vietata una decisione che violi la dignità del minore ed è comunque possibile il ricorso al giudice tutelare, in via cautelare, che potrebbe scegliere nell'interesse esclusivo del minore. Questi principi, dapprima contenuti nella giurisprudenza¹⁵, sono

¹⁵ Tra le più risalenti, cfr. Pret. Roma, 3 aprile 1997, in Cass. Pen., 1998, p. 950 s., con nota di G. IADECOLA, *La responsabilità penale del medico tra posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente (In tema di omessa trasfusione di sangue "salvavita" rifiutata dal malato)* e in Riv. it. dir. e proc. pen., 1998, p. 1422 s., con nota di A. VALLINI, *Il significato giuridico-penale del previo dissenso verso le cure del paziente in stato di incoscienza. Questi temi sono stati studiati da autorevole dottrina*. Cfr. V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in Dir. soc., 1981, p. 557; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione (A proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in Dir. soc., 1982, p. 303 s. e il profilo delle libertà negative; S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in Dir. soc., 1979, p. 903. Più recentemente, cfr. la sentenza della Corte di Cassazione – sez. III civ. n. 29469/2020 ove si accoglie il ricorso di una paziente Testimone di Geova a cui era stata effettuata una trasfusione di sangue durante un intervento chirurgico, nonostante avesse esplicitamente dichiarato la sua contrarietà per motivi religiosi. Il fatto si svolge nel 2005 quindi prima della legge del 2017. La Corte di Cassazione fonda l'argomentazione sul diritto di autodeterminazione in materia di trattamento sanitario e sulla libertà religiosa aventi rango costituzionale. Di conseguenza, la paziente aveva il pieno diritto di rifiutare un'emotrasfusione, anche con dichiarazione resa prima dell'intervento chirurgico, purché avesse espresso in modo inequivoco la volontà di rifiutare l'emotrasfusione anche nell'ipotesi di pericolo di vita. La difesa aveva eccepito che le emotrasfusioni somministrate erano «indispensabili, stante il contesto di malattia emorragica acuta [...] e che la dichiarazione resa al momento dell'ingresso in ospedale non poteva più considerarsi operante davanti ad una situazione fortemente mutata e con serio pericolo di vita». Il giudice di prime cure aveva accolto questa posizione, aggiungendo, peraltro, che non fosse necessario stabilire se le testimonianze fossero pienamente attendibili e se la paziente con lo scuotimento del capo o l'allargamento delle braccia volesse esprimere dissenso rispetto alla trasfusione, perché era certo che la paziente non riteneva di rifiutare l'intervento chirurgico connesso alle trasfusioni. La Corte, nel caso in questione, ha sottolineato che l'accettazione di un intervento chirurgico non comporta anche l'accettazione implicita di una trasfusione. Ovviamente, il dissenso deve essere manifestato *ex post* ovvero dopo che il paziente sia stato pienamente informato sulla gravità della propria situazione e sui rischi derivanti dal rifiuto delle cure (sent. Corte Cass. 15 settembre 2008,